This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

+ *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.

+ *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.

+ *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.

+ *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at `http://books.google.com/`

GERMANY
Periodicals
HL ODTG E

HARVARD LAW LIBRARY.

Received Apr. 15, 1904

Digitized by Google

Digitized by Google

Archiv

für praktische

Rechtswissenschaft

aus dem Gebiete

des

Civilrechts, Civilprocesses, Strafrechts und Strafprocesses,

mit namentlicher Rücksicht

auf

Gerichtsaussprüche und Gesetzgebung.

Herausgegeben

von

A. Becker, Ministerialrath, **A. Buchner**, Geh. Justizrath, Rechtsanwalt, **W. Heinzerling**, Oberlandesgerichtsrath, sämmtlich in Darmstadt, **H. Martin**, Ober-Appellationsgerichtsrath in Kassel und **A. Weber**, Ministerialpräsident in Darmstadt.

Redigirt von W. Heinzerling.

Dritte Folge. Dritter Band.

Der Neuen Folge Vierzehnter Band.

1.—4. Heft.

Darmstadt & Leipzig.
Eduard Zernin.
1886.

Digitized by Google

Rec. Apr. 15, 1904.

Digitized by Google

Inhalts-Verzeichniß.

A. Abhandlungen: Seite

I. Hefke, August, Dr., Gerichtsassessor in Oldenburg. Der Arzt im römischen und heutigen Recht . . . 1

II. Fuld, Ludwig, Dr., in Mainz. Zur Lehre vom Genußdiebstahl 70

III. Hefke, August, Dr., Gerichtsassessor in Oldenburg. Der Arzt im römischen und im heutigen Recht (Schluß). 113
Anhang: Haftung des Mensor nach römischem und nach heutigem Recht 153

IV. Fuld, Ludwig, Dr., Rechtsanwalt in Mainz. Zur Lehre vom Genußdiebstahl (Schluß) 169

V. Ortloff, Hermann, Dr., Landgerichtsrath in Weimar. Die Zurücknahme eines Rechtsmittels im Strafverfahren 180

VI. Fuld, Ludwig, Dr., Rechtsanwalt in Mainz. Die Revisibilität ausländischen Rechts in Handelssachen 201

VII. Hefke, August, Dr., Gerichtsassessor in Oldenburg. Das Wesen des damnum injuria datum 212

VIII. Harder, Carl Wilh., Dr., Hamburg. Zieht die Strafe des Ehrenverlustes den Verlust akademischer Würden nach sich? 249

IX. Hefke, August. Dr., Gerichtsassessor in Oldenburg. Das Wesen des damnum injuria datum. (Schluß) 321
Nachtrag: Zu der Abhandlung über das „Wesen des damnum injuria datum" 373

X. Burg, Ernst, in Straßburg i. E. Der Erwerb des Legatars aus dem Vermächtnisse des Nießbrauchs . 381
Beilage: Interpretation der l. 1. C. de usufructu (3,33) 399

B. Entscheidungen:

I. Rückforderung der dos während der Ehe. Einrede des Spoliums dagegen. Mitgetheilt von Herrn Landgerichtsdirektor Dr. Stammler in Gießen . 76

II. Alimentations- und Aussteuerrecht der Kinder nach dessen Vorzug vor den Forderungen anderer Gläubiger. Mitgetheilt von Herrn Justizrath von Kreß in Darmstadt 78

III. Ist bei Bestätigung eines elterlichen Gutsanschlagsvertrags die Einwilligung derjenigen Kinder, welche nicht die Gutsübernehmer sind, sowie die richterliche Prüfung der Angemessenheit des Anschlagspreises erforderlich? Mitgetheilt von demselben . . . 80

Digitized by Google

Seite.

IV. Kauf. Wenn auch zur Gültigkeit eines Immobiliarveräußerungsvertrags Protocollirung erfordert wird, so ist doch eine nicht protocollirte, im Widerspruch mit dem Protocoll stehende Verabredung über Bezahlung des Kaufschillings rechtsverbindlich. Mitgetheilt von Herrn Landgerichtsdirektor Dr. Stammler in Gießen 81

V. Exceptio rei venditae et traditae bei Immobilienveräußerungen dem Konkursverwalter gegenüber. Eintrag ins Mut.-Verzeichniß, nachdem Verkäufer in Konkurs gerathen, zu Gunsten des Immobiliarkäufers. Mitgetheilt von Herrn Landgerichtsrath Dr. Kritzler in Darmstadt 83

VI. Constitutum debiti alieni. Umfang der Haftpflicht des Constituenten bei Unterzeichnung eines gemeinschaftlichen Schuldscheins. Mitgetheilt von Herrn Landgerichtsdirektor Dr. Stammler in Gießen . 85

VII. Welche Forderungen eines Wirthes für Verköstigung 2c. sind der kurzen Verjährungszeit unterworfen? Artikel 2271 Cod. civ. Mitgetheilt von Herrn Amtsrichter Dr. Berchelmann in Groß-Gerau . . . 87

VIII. Syndicatsklage gegen einen Bürgermeister aus Führung eines Processes für die Gemeinde ohne Genehmigung des Gemeinderaths. Mitgetheilt von Herrn Landgerichtsdirektor Dr. Stammler in Gießen 89

IX. Klagerecht der Gemeinde für einzelne ihrer Mitglieder. Mitgetheil von demselben 92

X. 1. Rechtsmittel des Anschlußpfandgläubigers gegen den Vorpfandgläubiger.
2. Wirkung der Pfandung zu Gunsten eines Rechtsnachfolgers des Gläubigers, wenn die Ertheilung der Vollstreckungsclausel nicht von dem Vorsitzenden des Gerichts angeordnet war. Mitgetheilt von demselben 94

XI. Steht dem detinirenden Pächter die actio spolii zu? Mitgetheilt von Herrn Justizrath v. Kreß in Darmstadt 253

XII. Zu dem Gr. Hess. Gesetze vom 4. August 1871 über die verbindende Kraft der Immobiliarveräußerungsverträge; Revisibilität partikulärer Rechtsnormen. Mitgetheilt von Herrn Gerichtsassessor Dr. jur. Buff in Offenbach 260

XIII. Wirksamkeit der Codicillarclausel, wenn das Testament selbst, worin sie enthalten, wegen Uebergehung von Notherben zusammenfällt. Mitgetheilt von Herrn Landgerichtsrath Dr. Kritzler in Darmstadt . . 265

XIV. Sind von Standesherrn angestellte Gutsverwalter nach der Natur ihres Dienstes als lebenslänglich an-

Digitized by Google

gestellte Diener zu betrachten? Mitgetheilt von Herrn Landgerichtsrath Dr. Kritzler in Darmstadt . . 267

XV. Grundsätze über Feststellung der Entschädigungssumme bei Verlöbnißbruch. Mitgetheilt von Herrn Landgerichtsrath Dr. Kritzler in Darmstadt . . 269

XVI. Der durch die Bemerkung „beschränkt" im Grundbuch und Mutationsverzeichniß gewahrte Eigenthumsvorbehalt wirkt gleich einem Pfandrechte des Veräußerers an dem veräußerten Grundstücke; dieses haftet daher ganz für jeden Theil des Kaufschillings und mit jedem Theile für den ganzen Kaufschilling; eine theilweise Löschung der Bemerkung „beschränkt" ist ausgeschlossen. — Grundsätze über einseitige Dispositionsbefugnisse des Ehemannes am gemeinsamen Vermögen während bestehender Ehe nach den Systemen der allgemeinen und der partiellen (partikulären) Gütergemeinschaft (ehelichen Errungenschaft). Mitgetheilt von Herrn Gerichtsassessor Dr. Mayer in Darmstadt 272

XVII. Ist die Eintragung eines Hypothektitels gegen den noch nicht ingrossirten Erben zulässig? Mitgetheilt von Herrn Gerichtsassessor Dr. Mayer in Darmstadt 276

XVIII. Bedürfen Personenvereinigungen in Hessen zur Erlangung der juristischen Persönlichkeit einer besonderen Verleihung derselben durch die Staatsgewalt? Rechtliche Natur der sog. landwirthschaftlichen Kreditvereine, Consumvereine 2c. Mitgetheilt von Herrn Gerichtsassessor Dr. Mayer in Darmstadt . . . 278

XIX. Bedarf ein Kostenfestsetzungsbeschluß der Bescheinigung, daß innerhalb der gesetzlichen Nothfrist die sofortige Beschwerde nicht ergriffen worden sei? Mitgetheilt von Herrn Justizrath v. Kreß in Darmstadt . . 279

XX. Beweiskraft von Eintragungen ins Grundbuch, Zulässigkeit und Arten des Gegenbeweises nach Maßgabe des Großherzoglich Hessischen Gesetzes, die Erwerbung des Grundeigenthums 2c. betreffend, vom 21. Februar 1852 im Zusammenhalte mit den Bestimmungen der Deutschen C.P.O. über die Beweiskraft öffentlicher Urkunden. — Genügt zur Vertheidigung gegenüber der rei vindicatio die bloße Negation des Besitzers als solchen, oder bedarf es der Anstellung einer contraviadicatio? Mitgetheilt von Herrn Gerichtsassessor Dr. Mayer in Darmstadt 404

XXI. Unstatthaftigkeit der Einschreibung eines Hypothektitels gegen den noch nicht ingrossirten Eigenthümer eines Grundstücks, insbesondere auch den noch nicht ingrossirten Erben, nach dem Großh. Hessischen Gesetze „das Pfandrecht betreffend" vom 15. September 1858. Convalescenz mit Vollzug der Ingrossation. — Prinzip der Spezialität des Pfandrechts nach hessischem

Digitized by Google

Seite.

Pfandrechte vor Erlaß des Pfandgesetzes? — Mitgetheilt von Herrn Gerichtsassessor Dr. Mayer in Darmstadt 410

Nekrolog (Dr. Hoffmann) von A. Buchner 99

C. Miscellen:

I. Entscheidungen des Großherzogl. Oberlandesgerichts zu Darmstadt zu Buch I, Titel V der Civilprozeßordnung: „Prozeßkosten", zum Gerichtskostengesetze, zu der Gebührenordnung für Zeugen und Sachverständige und der Gebührenordnung für Rechtsanwälte. Mitgetheilt von Herrn Gerichtsassessor Dr. Mayer in Darmstadt 282

II. Entscheidungen des Großh. Oberlandesgerichts zu Darmstadt zu Buch I, Titel VII der Civilprozeßordnung: „Armenrecht." Mitgetheilt von Herrn Gerichtsassessor Dr. Mayer in Darmstadt 298

III. Späterer Beitritt eines Streitgenossen auf beklagter Seite in Folge nachträglicher Klageerweiterung bezw. neuer Klage; § 51 der Gebührenordnung für Rechtsanwälte. Mitgetheilt von Herrn Oberlandesgerichtsrath Heinzerling in Darmstadt 417

IV. Pflicht des Ehemanns seiner Ehefrau in Ehestreitigkeiten die Prozeßkosten vorzulegen. Mitgetheilt von demselben 418

V. Antrag der Partei auf Hinaufsetzung des Werths des Streitgegenstandes wegen mangelnden eignen Interesses verworfen. Mitgetheilt von demselben . . . 419

D. Literarische Umschau 105. 306. 420

E. Literarische Anzeigen 303

F. Anzeigen 108. 313. 423

Druck von C. W. Leske in Darmstadt.

Digitized by Google

I.

Der Arzt im römischen und im heutigen Recht.

Eine civilistische Abhandlung. *)

Von Herrn Gerichtsassessor Dr. August Hefke in Oldenburg.

A. Rechtsverhältniß zwischen dem Arzte und dem Patienten.

I.

Einleitung.

Im Archiv für civilistische Praxis Bd. 56 (N. F. Bd. VI) S. 222 ff. hat Herr Hofgerichtsrath Dr. Zimmermann zu Gießen einen besonderen Aufsatz über die Frage veröffentlicht, wie das Verhältniß zwischen dem Arzte und dem Patienten juristisch zu charakterisiren sei, und für welchen Grad der Schuld ein Arzt hafte. Er gelangt zu dem Re-

*) Inhaltsangabe. A. Rechtsverhältniß zwischen dem Arzte und dem Patienten. I. Einleitung. II. Innominatkontrakt mit actio praescriptis verbis? III. Mandat? IV. Miethe? 1. Römisches Recht. 2. Heutiges Recht.

B. Haftung der Aerzte nach Gemeinem Rechte.

Als Supplement oder Anhang zu dieser Abhandlung wird demnächst in diesem Archiv eine Abhandlung desselben Verfassers über die „Haftung des Mensor nach römischem und nach heutigem Recht“ erscheinen.

Digitized by Google

sultat, daß dem Patienten gegen den Arzt aus Fehlern, welche dieser in der Behandlung des Kranken begangen, eine Klage nach Analogie der in factum actio contra mensorem, qui falsum modum dixerit,

— cfr. Tit. Dig. 11,6 —

zustehe und daß der Arzt aus seinen Berufshandlungen nicht weiter als höchstens für lata culpa hafte.

Mit dieser Ansicht Zimmermann's stimmen überein folgende Schriftsteller:

1. Sintenis, Civilrecht Bd. II. 1861 §. 101 Not. 60. [Derselbe widerspricht[1]) sich jedoch §. 119 Not. 2; cfr. §. 113 Not. 8].

2. Wetzell, System des Civilproc. 1878 §. 8, S. 64. Wetzell läßt jedoch die Advokaten — folgerecht auch die Aerzte? — für omnis culpa haften, mit unzutreffender Begründung (a. a. O. Not. 37); vgl. Windscheid Pand. §. 404 Not. 4 gegen Ende.

Cfr. Glück, Erl. der Pand. Bd. XVII. §. 1048, S. 315.

3. Puchta, Pand. §. 267 ad not. 5.

4. Vering, Gesch. u. Pand. des röm. u. heut. gem. Privatr. 4. Aufl. §. 204 Not. 500, scheint ebenfalls hierhin zu gehören, indem er sagt: „Die Leistung von operae liberales (eines Arztes . . .), auch wenn sie gegen Honorar . . . geschieht, gilt nach röm. Recht immer als eine donatio." Da Vering verschweigt, welche Klage er dem Patienten gegen den Arzt — dem Arzt gegen den Patienten ertheilt er S. 501 die extraordinaria cognitio — wegen omissio diligentiae geben würde, so ist im Zweifel arg. L. 1 pr. D.

---

[1]) Falls er a. a. O. überhaupt mit an den Arzt gedacht hat.

[2]) Die eigentlich mit der „Schenkung" oder „donatio" harmonirende condictio ex L. 35 Cod. de donat. wird man Vering nicht unterstellen dürfen.

Digitized by Google

si mensor 11,6 („beneficii loco") anzunehmen [2]), daß Vering eine analog ausgedehnte in factum actio contra mensorem ertheilen würde (man ist, da Vering eine literarische oder quellenmäßige Begründung seiner Ansichten oft verschmäht, nicht selten im Unklaren über die Tragweite seiner Aussprüche).

5. Hänel, vom Schadensersatze 1823. §. 52, Abs. 2.

6. Mommsen, Beitr. zum ObIR. Abth. III. 1855, S. 800 („nur daß freilich" bei ärztlichen Dienstleistungen „die Beschränkung der Haftung auf Dolus wegen der weiten Ausdehnung, in welcher die actio legis Aquiliae hier zugelassen wird, nicht in gleichem Maße hervortritt").

Da die ad 1—6 eben aufgeführten Schriftsteller besondere Gründe für ihre Ansicht nicht anführen, so haben wir uns zunächst nur mit Zimmermann a. a. O. zu beschäftigen.

1. Zimmermann behauptet S. 226, daß nach Ausbildung der Universitäten und wegen der hierdurch veranlaßten größeren wissenschaftlichen Bildung der Aerzte in Deutschland der Arzt „in keinem Falle mit einer Klage aus Dienstmiethe" habe belangt werden können, sondern „in gleicher Kategorie mit dem römischen Feldmesser" gestanden und „auch nur wie dieser, für culpa lata" gehaftet habe. Da Zimmermann für die Behauptung, daß dies „wenigstens in Deutschland" so gewesen sei, keinen Beweis antritt, so mag sie eben unbewiesen bleiben. *)

2. Zur Begründung seiner Ansicht führt jedoch Zimmermann a. a. O. noch den Umstand an, daß der Arzt, „ehe er zur ärztlichen Praxis zugelassen wurde, einen Eid" habe leisten müssen, erwähnt auch einige Eidesformulare, in denen stets „auf die honestas des Berufes hingewiesen" werde. — Daß der Eid des Arztes für unsere Frage durch-

*) Wir kommen weiterhin noch kurz hierauf zurück.

Digitized by Google

aus irrelevant sei, bedarf keiner näheren Ausführung. Auch ist mit der „honestas des Berufes" die kontraktsmäßige Haftung für omnis culpa sehr wohl vereinbar (wie denn der römische Unterschied zwischen operae liberales und illiberales für uns nicht den geringsten Werth mehr hat).

3. Zimmermann S. 227 interpretirt den Art. 134 P.G.O. dahin, daß hier nur „wegen grober Schuld" eine Strafe verhängt werden solle, und dehnt diese Bestimmung auf die „Klage auf Privatentschädigung" aus. Abgesehen davon, daß eine solche Interpretation genügender Begründung entbehrt [3]), ist jedenfalls die Bestimmung der Carolina — welche lediglich Kriminalrecht enthalten will — nicht auf die Civilklage gegen den Arzt anzuwenden (und nicht einmal analog für sie zu verwerthen, da Prästation des Interesse und kriminelle Haftung total heterogene Begriffe sind).

4. Wie Zimmermann S. 227 f. in den §§. 222, 230 St.G.B. ein Argument dafür, daß der Arzt nur für lata culpa hafte, zu erblicken vermag, ist mir nicht ersichtlich. Zudem aber würden auch diese §§. für die Frage der civilen Haftung nicht in Betracht kommen.

5. Die Ansicht Zimmermann's S. 228, daß der Arzt „zunächst aus Menschlichkeit jedem Kranken ärztliche Hülfe" leiste und daß sein Beruf „daher sehr wesentlich von demjenigen eines gewöhnlichen Gewerbetreibenden verschieden" sei, würde selbst dann, wenn sie als nach heutiger Lebensanschauung begründet angesehen werden dürfte, für das heutige Recht kaum in Betracht kommen.

---

[3]) Zu dem „aus unfleiss oder unkunst" (imperitia) „und doch unfürsetzlich" soll jedenfalls das „erfündt sich dann" etc. nur einen umschreibenden Zusatz — nicht etwa eine nachträgliche Einschränkung — bilden.

Vgl. Hepp die Zurechnung auf dem Gebiete des Civilr. 1838, S. 29. — Weiske's Rechtslexikon Bd. VII, S. 121.

Digitized by Google

6. Wenn Zimmermann ebendas. sagt: „Wählt man . . einen minder geschickten oder weniger erfahrenen Arzt, so hat man sich dieß nur selbst zuzuschreiben, wie dieß gleichfalls bei dem agrimensor hervorgehoben wird. Das Nämliche gilt in Bezug auf die Nachlässigkeit . . . Allerdings macht hier die lata culpa eine Ausnahme, weil sie dem dolus[4]) gleich behandelt wird", — so übersieht er die klaren Bestimmungen des römischen Rechts, welche gerade deshalb den Arzt für omnis culpa haften lassen, weil sein Beruf ein für Gesundheit und Leben der Staatsbürger so wichtiger sei.

Vgl. die unten S. 104 ff. angeführten Stellen, insbes. L. 6 §. 7 D. de off. praes. 1,18; ferner

Seuff. Arch. XXV. 131 sub III. XXXI (N. F. I.) 234.

7. Die Ansicht Zimmermann's S. 229, daß „ein Vertrag zwischen dem Arzte und dem Patienten . . . kein Vertrag über reines Vermögensinteresse" sei, ist unhaltbar (vgl. unten S. 95 ff.) und findet außer

Wetzell, Syst. 1878 §. 8, S. 64,

weder in Theorie noch in praxi einen Vertreter.

Vgl. Seuff. Arch. N. F. I a. a. O. und besond. S. 299.

8. Die Behauptung — welche Zimmermann ebendas. aufstellt —, daß die in die ärztliche Instruktion und in die Eidesformel aufgenommenen „Superlative" „nur darauf berechnet" seien, „dem Staate gegenüber sich bis zur höchsten Sorgfalt bemühen zu wollen", daß dieß Versprechen aber den Patienten nicht berühre und den Arzt auch dem Staate gegenüber nur wegen grober Nach-

[4]) Also eigentlich soll der Arzt — gleich dem mensor — nur für dolus haften? und die Haftung für lata culpa soll schon als eine Konzession gelten?

Digitized by Google

lässigkeit oder Unkenntniß haftbar mache, ist 1) für unsere Frage irrelevant, da die civilrechtliche Haftung des Arztes überall nicht durch Instruktionen und staatliche Eidesformeln, sondern durch den Kontrakt mit dem Patienten — bezw. mit dem Staate, wenn dieser den Arzt zu einem Geschäft engagirt — begründet wird, und ist 2) unrichtig, weil die Instruktion — je nach ihren Intentionen — entweder bloß öffentlichrechtlichen Charakters ist (und dann keine civilrechtliche Bedeutung hat) oder aber auch dem Patienten gegenüber die stillschweigend vereinbarte lex contractus bildet und dann sicherlich nicht von der „höchsten" Sorgfalt sprechen würde, wenn der Arzt nur wegen grober Schuld haften sollte.

9. Richtig bemerkt Zimmermann S. 229—230, daß die „Deutsche Gewerbeordnung vom 21. Mai 1869 §. 29" keinen privatrechtlichen Grundsatz habe aufstellen wollen. Da sie allerdings nur Fragen des öffentlichen Rechts behandelt, so wäre es konsequent gewesen, sie überhaupt nicht zu erwähnen.

10. Die bei Zimmermann S. 230 sich findende Verquickung der für Staatsbeamte[5]) geltenden Grundsätze mit den für Aerzte maßgebenden Regeln ist als die Krone der mehrfach in jenem Aufsatze unternommenen Wagnisse zu bezeichnen. Der Staatsbeamte handelt im Namen des Staates, als Organ desselben, nicht vom Einzelnen

---

[5]) „Denn bei dem Staatsbeamten wird wissenschaftliche Bildung vorausgesetzt, ebenso bei dem Arzte." — Eine solche Argumentation hat den gleichen Werth, wie z. B. diese: Die emtio venditio ist ein negotium ex uno latere gratuitum, denn: das Mandat (negotium gratuitum) ist ein Konsensualkontrakt, „ebenso" der Kauf. — Aehnlich mengt „Amt" und „Gewerbe", öffentlichrechtliche und privatrechtliche Verhältnisse durcheinander Pfeiffer, prakt. Ausführungen Bd. VII. 1844, S. (154—)155.

Digitized by Google

durch Lohn gedungen, nicht auf Grund eines besonderen mit dem Privatmann abgeschlossenen Vertrages.

Vgl. Seuff. Arch. XXV. 235.

Weiske's Rechtslex. Bd. VII. S. 833 ff.

Der Arzt dagegen handelt als Kontrahent, er tritt dem Patienten, welcher seine Hülfe in Anspruch nimmt, nie als Staatsbeamter — falls er dieß zufällig sein sollte —, sondern lediglich als Arzt gegenüber und haftet als solcher. Es ist daher unmotivirt, bei der Frage, wie weit ein Arzt hafte, den Staatsbeamten und dessen Haftung auch nur zu erwähnen. — Der von Zimmermann a. a. O. Not. 22 noch angeführte „§. 7 der a. hess. Instruktion" ist von öffentlichrechtlichem — hier jedoch von keinem — Interesse.

11. Das von Zimmermann S. 230—231 noch Gesagte:

„In der That giebt es auch keinen allgemein anerkannten Codex der medicinischen Wissenschaft. Dieselbe schreitet täglich fort" u. s. w.

kann für das Maß der ärztlichen Haftung, insbesondere für die juristische Beurtheilung desselben, nicht in Betracht kommen. [Obliegenheit der im einzelnen Falle über das Vorhandensein der ärztlichen culpa gutachtlich zu vernehmenden Sachverständigen ist es, über den derzeitigen Stand der medicinischen Wissenschaft nachzudenken und die aus ihrer Veränderlichkeit allenfalls folgenden Entschuldigungsgründe — nach den Andeutungen Zimmermann's — geltend zu machen.]

Wir sehen also, daß das schließlich von Zimmermann a. a. O. S. 234, §. 4 ad 1 und 3 aufgestellte „Ergebniß" seiner „Untersuchung" auf einer möglichst schwachen Basis ruht, und müssen nunmehr, bevor wir — von der Devensive zum Angriff übergehend — die positive Widerlegung

Digitized by Google

der Gegenansichten beginnen (diese wird in 3 Theile[6]) zerfallen), zunächst noch einige weitere Ansichten kennen lernen.

II.

Innominatkontrakt?

Eine viel vertretene Ansicht geht dahin, daß der Vertrag zwischen Arzt und Patienten ein Vertrag ohne besondere Bezeichnung sei und demnach unter die Innominatkontrakte[7]) gehöre. Aus dieser Ansicht wird die Konsequenz gezogen, daß im Falle eines Konfliktes „theils praescriptis verbis actio theils extraordinaria cognitio" — letztere auf das Honorar — zu ertheilen sei. — Vertreter dieser Ansicht sind folgende:

1. Glück, Erl. der Pand. Bd. XVII. S. 315 (und Bd. XV. S. 285 gegen Ende, S. 287—288), welcher noch an die alten unbenannten Realkontrakte zu denken scheint, wenn er sagt: „Der Kontrakt ist ein contractus innominatus facio, ut des, oder do, ut facias".

2. Göschen, Vorles. über das gem. Civilr. II. 2. 1839 §. 513, S. 390, welcher sagt, man behandle einen solchen Vertrag „als einen Vertrag eigner Art, wofür man jedoch

---

[6]) Im ersten Theile wird das Rechtsverhältniß zwischen dem Arzte und seinem Patienten juristisch dargestellt, und im zweiten Theile wird die Haftung des Arztes nach gemeinem Recht erörtert werden, während die im Supplement zu diesem Werke dargelegte Stellung der mensores im römischen Rechtssystem als Gegenstand des dritten Theiles zu betrachten ist. Binnen Kurzem wird nämlich als Supplement zu dieser Abhandlung meine Schrift über „die Haftung des mensor im römischen und heutigen Recht" in demselben Verlage erscheinen.

[7]) Innominat-Realkontrakte des römischen Rechts oder Innominat-Konsensualkontrakte der heutigen Doktrin?

Digitized by Google

keinen besonderen Namen" habe (was für eine Klage man in solchem Falle gebe, verschweigt Göschen).

3. Seuffert, prakt. Pand.-R. 4. Aufl. §. 334, Not. 4—6. §. 370, Nr. 1 c. f not. 6.

4. Arndts Pand. 7. Aufl., Anmerk. zu §. 314.

5. Dieselbe Ansicht scheint vertreten zu wollen: Vangerow, Lehrb. der Pand. III. 1869 §. 650. S. 467, indem er die L. 22 D. de praescr. verb. 19,5 citirt. Vgl. ebendas. §. 645.

6. Vgl. v. Wening-Ingenheim, Civilr. Bd. II. 1837, §. 287 i. f. und Schweppe röm. Privatr. Bd. III. §. 613 ad A. i. f. und B.

7. Dieselbe Auffassung wird vertreten in Weiske's Rechtslexikon Bd. VII. S. 805 und das. Not. 342.

8. Insbesondere gehört hierher Bucher, das Recht der Forderungen 1815 §. 127, welcher von dem Vertrage mit Aerzten ꝛc. sagt, er sei „wieder ein Innominatkontrakt (Facio . . . ut des)", das Honorar könne jedoch aus bestimmten Gründen nicht mit der actio praescriptis verbis, sondern nur mit einer extraordinaria cognitio eingeklagt werden.

9. Vgl. Koch, Recht der Forderungen Bd. III. 1843, §. 358.

10. Von einer actio praescriptis verbis spricht auch Zimmermann a. a. O., S. 226, und zwar begründet dieser Jurist die Statthaftigkeit jener Klage wie folgt: „. . . weil man . . . annahm, daß hier kein eigentlich civilrechtlicher, lediglich das Vermögens-Interesse berührender Vertrag, namentlich nicht eine Dienstmiethe vorliege" u. s. w. Zimmermann scheint sich hier über die Grundnatur der actiones praescriptis verbis nicht ganz im Klaren zu befinden und zu verkennen, daß diese Klagen, hervorgegangen aus juristischer Interpretation, 1) dem jus

Digitized by Google

civile angehörten [8]) und daher aus einem Vertrage, der „kein eigentlich civilrechtlicher" war, nicht stattfinden konnten [9]), und daß 2) ein nicht „lediglich das Vermögensinteresse berührender Vertrag" auch zur Begründung der actio praescriptis verbis nicht geeignet war [10]). Nicht zu verstehen

[8]) Die praescriptis verbis actiones oder „προεγεγραμμένων τῶν συμφωνῶν ἀγωγαί" (Harmenopoli promptuar. lib. II. cap. 3) waren (und heißen) civiles actiones mit einer intentio in jus concepta, und werden nebenbei (civiles) „in factum" actiones nur deshalb genannt, weil ihre Formel mit derjenigen der wirklichen in factum actiones — diese waren prätorische Klagen — das gemein hatte, daß auch sie dem Richter das faktische Material ausführlich vorlegte. Bei ihr jedoch war das faktische Material enthalten in den praescripta verba*) (beginnend mit „Ea res agatur, ut" rel.), während dasselbe bei den eigentlichen in factum actiones in der intentio — in factum concepta — ausgedrückt war.

Cfr. L. 11 D. de praescr. verb. 19,5.

Vgl. Savigny, Syst. V, S. 96—100.

Cfr. Hellfeld, jurispr. for. § 1076.

[9]) Nur dann würde man Zimmermann a. a. O. Recht geben können, wenn (was jedoch wohl nicht vorausgesetzt werden darf) er das „civilrechtlich" in dem allerengsten Sinne aufgefaßt wissen will nach welchem es einen Rechtssatz — eine Klage — einen Vertrag bedeutet, welche in den Zwölftafeln bereits anerkannt sind (hierauf beziehen sich z. B. L. 1. pr. L 2—4 D. de praescr. verb. 19,5 und insbes. will Julian L. 3 c. f. eod. mit dem „jure civili" sagen: lege XII. tabularum). Besser würde er jedoch auch in diesem Falle — da niemand so leicht auf die Zwölftafeln verfällt — gesagt haben: „daß hier kein vom jus civile benannter, also ein unbenannter Vertrag . . . vorliege."

[10]) Auch die actiones praescriptis verbis gingen ex professo auf Vermögensinteresse (nämlich principaliter auf Vertragserfüllung und event. auf Schadensersatz).

L. 5 § 2 D. de praescr. verb. 19,5: „. . . nascetur vel

*) L. 6 i. f. Cod. de transact. 2,4: „. . . praescriptis verbis rem gestam demonstrat." . . .

Digitized by Google

ist Zimmermann, wenn er in Anknüpfung an die actio praescriptis verbis und unmittelbar nach ihrer Erwähnung (S. 226) fortfährt mit den Worten: „Der Arzt stand nun in gleicher Kategorie mit dem römischen Feldmesser" (was hat der mit der actio praescriptis verbis zu thun?) „und er haftete daher auch nur, wie dieser, für culpa lata" u. s. w. Urplötzlich und dabei harmlos verläßt Zimmermann den Boden des (Innominat-)Kontrakts und schreitet gewaltigen Schrittes hinüber in das Gebiet des Quasidelikts.

Die übrigen S. 8 ff. angeführten Schriftsteller — Arndts wird unten noch erwähnt werden — motiviren ihre Ansichten weniger eingehend und zum Theil doch besser als Zimmermann. Wir können jedoch vorläufig von ihnen absehen.

I. Im Allgemeinen läßt sich zur Begründung jener Ansicht (daß der Vertrag zwischen einem Arzte und seinem Patienten ein Innominatkontrakt sei und die actio praescriptis verbis begründe) Folgendes sagen:

Die Unterbringung des Vertrages zwischen einem Arzte und seinem Patienten macht Schwierigkeiten, da für ihn die benannten Verträge des gemeinen Rechts nicht völlig zu passen scheinen. Daher muß man hier schon aus Vorsicht die actio praescriptis verbis wählen, welche in den Quellen nicht allein da, wo es an einer Klage aus benanntem Kontrakt fehlt[11]), sondern auch da, wo allenfalls eine

civilis actio in hoc, quod mea interest, vel ad repetendum condictio." Paulus.

L. 7 D. eod: „. . . agam praescriptis verbis, ut solvas, quanti mea interest, aut si nihil interest, condicam tibi, ut decem reddas." Papinian.

L. 8,9 L. ult. D. eod.

Cfr. L. 5 § 4 i. f. D. eod. et L. 95 D. de V. O. 45,1.

[11]) L. 1 pr. D. h. t. 19,5: „. . . cessantibus judiciis proditis et vulgaribus actionibus, quum proprium nomen invenire non possumus . . ." L. 2 D eod.: „. . quum deficiant vulgaria atque usitata nomina" . . . L. 3 D. eod.: „. . quoties con-

Digitized by Google

Klage aus benanntem Kontrakt stattfinden könnte, ertheilt wird.

L. 5 §. 4 D. h. t. 19,5: „Et potest mandatum ex pacto etiam naturam suam excedere: ... Sed tutius erit ... praescriptis verbis dari actionem". Paulus.

L. 17 pr. D. eod.: „ .. sed est tutius, praescriptis verbis agere". Ulpian.

L. 19 pr. D. eod: „ .. tutius est, ita agere". Derselbe.

L. 24 c. f. D. eod.: „ .. Quare tutius esse, praescriptis verbis in factum actionem dare ..." Africanus.

L. 18 D. eod.: „ .. melius est, praescriptis verbis agere ." Ulpian.

L. 19 §. 1 eod.: „ .. melius esse dico, praescriptis verbis agi ." Derf.

(L. 20 pr. eod.: „ .. verius esse, praescriptis verbis agendum ." Derf.) Vgl. Note 12.

II. Diese Argumentation ist jedoch außerordentlich hinfällig. Jedenfalls ist die actio praescriptis verbis durchaus subsidiär, wie nicht allein aus den bereits angeführten Stellen, welche auf das „quum deficiant vulgaria at-

---

tractus existunt, quorum appellationes nullae jure civili proditae sunt." L. 4 D. eod. L. 11 D. eod.: „Quia actionum non plenus numerus esset ." L. 13 pr. eod.: „.. quasi alio negotio gesto ." L. 22 eod.: „Quoties deficit actio .. " L. 22 c. f. eod.: „ .. Quasi de novo negotio ." L. 25 eod.: „ .. aliud dando, ut aliud reddatur, obligari jure gentium possumus." L. 1 pr. D. de aest. 19,3: „ .. quoties enim de nomine contractus alicujus ambigeretur ." Cfr. Seneca de benef. 5,21 pr.: „Multa legem non habent, nec actionem, ad buae consuetudo vitae humanae, lege omni valentior, dat aditum."

Digitized by Google

que usitata actionum nomina" alles mögliche Gewicht legen — vgl. Not. 11 — [12]), sondern vor allen Dingen auch aus

L. 17 §. 2 D. h. t. 19,5 (Ulpian): „ . . . ita demum mihi praescriptis verbis actio competit, si ignorem, ubi sit; nam si mihi liqueat, apud te esse, furti agere possum, vel condicere, vel ad exhibendum agere . . ."

und noch mehr aus folgenden Stellen zu ersehen ist:

L. 15 i. f. D. eod. (Ulpian): „ . . . civilis actio oriri potest, id est praescriptis verbis, nisi si quis et in hac specie de dolo actionem competere dicat, ubi dolus aliquis arguatur."

L. 16 §. 1 D. eod. (Pomponius): „Permisisti mihi, ut sererem in fundo tuo, et fructus tollerem; sevi, nec pateris me fructus tollere; nullam juris civilis actionem [13]) esse, Aristo ait, an in factum [14]) dari debeat, deliberari posse; sed erid de dolo" (hier wird das „ubi

---

[12]) Die Quellen — Paulus, Ulpian, African — wollen mit dem „tutius erit", tutius est", „melius est", „verius esse" nichts anderes sagen als: nur die actio praescriptis verbis und keine andere Klage findet hier statt. Die angeführten Worte (tutius, melius, verius) sind bloße Höflichkeitsausdrücke — ebenso wie das in den Quellen sich so häufig findende sanfte „videtur esse" statt des einfacheren „est" — die man bei einer neu aufgebrachten Theorie, welche noch erst Boden gewinnen sollte, für zweckmäßig halten mochte, die jedoch der Rede ihre Bestimmtheit nicht rauben dürfen und sich von dem entschiedener klingenden „certum est" der L. 16 pr. D. h. t. sachlich durchaus nicht unterscheiden.

[13]) Unter der „juris civilis" actio ist hier (ausnahmsweise) zu verstehen die schon in den Zwölftafeln benannte Klage. Vgl. Not. 9. Andererseits vgl. das princ. desselben Fragments: „civilem actionem incerti" und Not. 15.

[14]) Die actio „in factum" ist hier die actio praescriptis verbis. Vgl. andererseits die folgende Note.

Digitized by Google

dolus aliquis arguatur" der L. 15 i. f. D. eod. als selbstverständlich vorausgesetzt).

Cfr. L. 5 §. 3 D. eod. (Paulus):

„Quodsi . . . posteaquam feci, cessas dare, nulla erit civilis actio[15]) et ideo de dolo dabitur" (dolus wird auch hier vorausgesetzt).

Zu L. 5 §. 3 cit. vgl. Dankwardt in den Jahrb. f. Dogm. Bd. XIII. S. 309, Not. 3.

Die zuletzt angeführten Stellen deuten nicht allein an, daß die actio praescriptis verbis subsidiär, sondern auch, daß sie in noch höherem Grade subsidiär sei, als die ebenfalls in hohem Maße subsidiäre actio doli.

Cfr. L. 1 §. 1. 4 D. de dolo 4,3.

III. Die im Vorstehenden nachgewiesene Subsidiarität der actiones praescriptis verbis hängt zusammen mit der historischen Entwicklung der Innominatkontrakte und der auf diesen beruhenden Klagen. Die Juristen der klassischen Zeit[16]), welche die Theorie der Klagbarkeit unbenannter Realkontrakte aufstellten und durchführten, wollten lediglich eine in anderer Weise nicht zu hebende Lücke im Rechtssystem ausfüllen, nicht aber auch für Fälle, die solcher nicht bedurften, etwa neue Bestimmungen aufstellen. Die Lücke, welche durch die Theorie der Innominatkontrakte ausgefüllt werden sollte, beruhte auf dem

---

[15]) Paulus meint hier mit der „civilis actio" die actio praescriptis verbis. Cfr. L. 1 § 1. 2 L. 5 § 2 L. 15 circ. fin. L. 16 pr. D. eod. L. 7 § 2 D. de pact. 2,14 L. 23 i. f. D. comm. div. 10, 3. L. 6 Cod. h. t. 4,64. Vgl. L. 14 D. de prec. 43,26: „quia nulla eo nomine juris civilis actio esset." Vgl. Not. 8.

[16]) Vermuthlich die Prokulejaner. — Wenigstens werden in Gaji Institutiones die actiones praescriptis verbis im hier gemeinten Sinne nicht erwähnt (cfr. Gaj. IV. 130—137), was andernfalls eine kaum erklärliche Erscheinung sein würde. Vgl. noch Vangerow Pand. III. 1869, S. 234 Anm. zu § 599.

Digitized by Google

römischen Rechtssatze, welcher z. B. in folgenden Stellen ausgesprochen ist.

Paul. Sent. II. 14, §. 1: „. . . ex nudo enim pacto inter cives Romanos actio non nascitur."

L. 7 §. 4 D. de pact. 2,14 (Ulpian): „nuda pactio obligationem non parit."

L. 45 D. eod. (Hermogenian): „. . ad actionem . . nudum pactum nulli prodesse poterit."

L. 15 D. h. t. 19,5 (Ulpian): „ex pacto actionem non oriri."

L. 10 Cod. de pact. 2,3: „. . ex pacto actionem non nasci." L. 13 Cod. eod.

L. 28 Cod. de transact. 2,4: „. . ex pacto non potuit nasci actio."

L. 3 Cod. de R. P. 4,64: „Ex placito . . . nemini actionem competere" . . .

L. 27 i. f. Cod. de loc. et cond. 4,65: „ex nudo pacto perspicis actionem jure nostro nasci non posse."

L. 1 Cod. de pact. conc. 5,14: „. . ex pacto actionem non nasci."[17]) Vergl. hierzu noch Paul. Sent. V. 7 §. 1:

„Obligationum firmandarum gratia stipulationes inductae sunt, quae quadam verborum sollen-

[17]) Cfr. L. 1 § 1 D. de O. et A. 44,7: „Obligationes ex contractu aut re contrahuntur, aut verbis aut consensu." L. 1 § 2 D. de R. P. 19,4: „. . . nudo consensu constitui obligationem dicemus . . . in his duntaxat . . ., quae nomen suum habent, ut in emtione, venditione, conductione, mandato" et — L. 2 D. de O. et A. 44,7 — „societatibus." — L. 35 § 2 D. de V. O. 45,1. Pr. — § 4 Inst. quib. mod. re contr. obl. 3,14: „Re contrahitur obligatio veluti mutui datione. — . . § 2. Item is, cui res aliqua . . commodatur, — . . § 3 . . . et is, apud quem res deponitur, — . . § 4. creditor quoque, qui pignus accepit, re obligatur." — Gaj. III. 89—162. Titt. Dig 44,7 und 45,1.

Digitized by Google

nitate concipiuntur, et appellatae, quod per eas firmitas obligationum constringitur; stipulum enim veteres firmum appellaverunt."

Cfr. ibid. lib. II tit. 3. Isid. Hispal. libri orig. s. etymol V. 24 §. 30. §. ult. Inst. de V. O. 3,15. Die Stipulation beherrschte das Vertragssystem des römischen Rechts bis in die letzte Zeit — cfr. Titt. Cod. 8,38—40 — als die General-Vertragsform, neben der als bloße Ausnahmen noch vier Real- und vier Konsensualkontrakte zugelassen waren (ursprünglich kannte man noch daneben die Literalkontrakte). Für die Römer mußte dieser Zustand mit der Erweiterung der Lebens- und Verkehrsverhältnisse sehr empfindliche Unzuträglichkeiten zur Folge haben und es läßt sich hiernach erklären, warum die römischen Juristen mit ihrer neuen Theorie der Innominatkontrakte trotz des — wie es scheint, mehr passiven — Widerstandes einiger hier konservativer denkender Sabinianer durchdringen mußten. Sie halfen einem wirklichen Bedürfnisse ab.[18]) — Heutzutage jedoch, seitdem die Stipulation überflüssig ist, seitdem die S. 15 f. angeführten gesetzlichen Bestimmungen längst ihre Bedeutung verloren haben, seitdem wir zu dem Rechtssatze gelangt sind, daß jeder Vertrag nudo consensu klagbar sei[19]), können wir in weitaus

[18]) Cfr. L. 6 i. f. Cod. de transact. 2,4 (imp. Alex. a. 230) „si omissa verborum obligatio est, utilis actio, quae: praescriptis verbis rem gestam demonstrat, danda est."

[19]) M. a. W., daß zu dem συναλλαγμα des Aristo — Ulpian (L. 7 § 2 D. de pact. 2,14. L. 19 D. de V. S. 50,16) stets die erklärte Willensübereinstimmung der Kontrahenten ausreiche. — Schriftliche Form für Verträge verlangen neuere Gesetzgebungen, so für Verträge über 50 Thaler Cour. und mehr das preuß. Landrecht I. 5 § 131; für Verträge über 150 francs und mehr der Code civil art. 134 („devant notaires ou sous signature privée"). Vgl. andererseits das österreichische Gesetzbuch § 884 (diese Kodifikation ist überhaupt romanistischer als die meisten anderen). Vgl. Fuhr im Arch. f. prakt. Rechtswiss. Bd. VI. S. 293 ff.

Digitized by Google

den meisten Fällen die actio praescriptis verbis ex contractu, cujus appellatio jure civili prodita non est, entbehren. Jedenfalls aber wird in heutiger Zeit ein Innominatkontrakt stets erst dann in Frage kommen können, wenn vorher konstatirt ist, daß 1) ein benannter Vertrag überall nicht vorliege und daß 2) der Fall auch nicht unter die Analogie eines benannten Kontraktes gebracht werden könne. Daß die Analogie eines solchen der (Zulassung der) rein subsidiären und lediglich zur Aushülfe eingeführten actio praescriptis verbis weit vorzuziehen sei, ergiebt sich u. A. schon aus dem von Ihering[20]) ermittelten Prinzip der „juristischen Oekonomie", welchem vorwiegend Capito und seine Nachfolger — bisweilen auf Kosten der Billigkeit — huldigten.

IV. In der ganzen justinianeischen Kompilation findet sich kein Hinweis darauf, daß der Vertrag mit einem Arzte als Innominatkontrakt zu betrachten und daß gegen den medicus eine actio praescriptis verbis — auf Schadensersatz wegen mangelhafter Kontraktserfüllung zulässig sei. Gegnerischerseits — vgl. die oben S. 8 ff. angeführten Schriftsteller — werden freilich fünf (bis sechs) Beweisstellen — d. h. angebliche — für die Annahme eines Innominatkontrakts im fraglichen Falle angeführt, welche jetzt erörtert werden sollen.

1. L. 22 D. de praescript. verb. 19,5 (Gajus): „Si tibi polienda sarciendave vestimenta dederim . . . (Quod) si . . . eo animo negotium gestum fuerit, ut postea tantum mercedis nomine daretur, quantum inter nos statutum sit, placet, quasi de novo negotio in factum dandum esse judicium, id est praescriptis verbis."

[20]) In seinem — mir z. Z. nicht vorliegenden — Geist des röm. Rechts.

Digitized by Google

Vergl. Arndts Pand. Anm. zu §. 314.

Diese Stelle würde allerdings — da hier gleichgültig und h. z. T. überall irrelevant ist, ob es sich um operae liberales oder illiberales handelt — für die gegnerische Ansicht beweisend sein, wenn sie sich auf einen Fall, wie denjenigen, wo Jemand ohne — ausdrückliche — Honorarverabredung einen Arzt zu Hülfe ruft, überhaupt bezöge. Aber sie redet im Gegentheil von einem Falle, wo erst „postea" noch über den Preis eine Vereinbarung stattfinden soll, wo also vorläufig der Preis sich völlig in incerto befindet, während da, wo Jemand in Krankheitsfällen einen Arzt zuzieht, die merces (oder das honorarium) durchaus nicht incerta und ignota ist und keineswegs noch einer nachherigen Vereinbarung bedarf, sondern von Anfang an in der Taxe steht (wenn der Arzt etwa nachher mehr verlangen und vom andern Theile freiwillig mehr erhalten sollte, als in der Taxe steht, so würde das ein für das Recht, soweit es hier in Frage steht, total irrelevanter Vorfall sein). Der in der Taxe vorgeschriebene Satz wird von jedem vernünftigen paterfamilias, welcher einen Arzt zuzieht, von vornherein als die rechtmäßige merces betrachtet. Auch kann der Arzt nach vorheriger Mahnung den Patienten (bezw. den Eigenthümer oder nothwendigen Vertreter desselben) lediglich auf Grund der Taxe und ohne jede vorhergegangene — ausdrückliche — Vereinbarung über den Preis verklagen, während nach L. 22 D. cit. 19,5 unbedingt zur Verwirklichung des klagbaren Anspruches entweder eine inzwischen noch erfolgte Vereinbarung oder doch ein — am Widerstande des jetzt Beklagten gescheiterter — Versuch derselben erforderlich sein würde (letzterenfalls würde die Ausmittelung der merces ex aequo et bono Sache des Richters sein [21]). [22]) Für den heutigen Vertrag zwi-

[21]) Die intentio müßte hier (in Rom) auf „quidquid paret ex

Digitized by Google

schen Arzt und Patienten kann also lediglich in Betracht kommen der folgende Passus der L. 22 D. cit. 19,5:

„... si vero mercede ... constituta, locationis conductionisque negotium geritur.“ [22a])

Die merces constituta liegt bei dem genannten Vertrage vollständig vor, da jedenfalls die Willensübereinstimmung der Kontrahenten, sie mag nun ausdrücklich erklärt sein oder nicht, stets dahin geht, daß der gesetzliche Betrag gezahlt werden solle. Die lex publica — Taxe — ist die stillschweigend konstituirte lex contractus.

2. Die L. 5 §. 2 D. eod. 19,5 (Paulus), welche alles Gewicht auf den h. z. T. unpraktischen Begriff der operae locari non solitae legt, wird unten bei Gelegenheit der Miethe noch genügend beleuchtet werden.

3. L. ult. i. f. D. eod. (Pomponius) soll nach Mommsen's — Digesta Justiniani Augusti recognovit ... Th. Mommsen, vol. I. 1868, pag. 580 — „Restitution“

— Zimmermann [23]) a. a. O. S. 223 —.

folgendermaßen lauten (bezw. folgenden Zusatz erhalten)

„Quod Kalendis [Januariis] dari solet medicis et artificibus, non est merces: itaque si quid in hisce ministeriis aliter fiat, quam convenit, non ex locato, sed in factum actio dabitur.“

Mommsen stützt sich hier auf die Basiliken, welche lib. XX tit 4 fr. 27 also lauten:

---

aequo et bono NNm AAo d. f. o.“, also auf ein incertum gehen, während bei uns der Arzt stets auf certa pecunia klagen wird.

[22]) Mit einem Worte: Die Römer behandelten den Innominatkontrakt nie anders, denn als Realkontrakt, während bei uns von einem Realkontrakt nur noch in selteneren Fällen die Rede sein kann.

[22a]) Wir kommen bei der Erörterung des Miethvertrags hierauf zurück.

[23]) Die außer Zimmermann noch S. 8 ff. angef. Schriftsteller berufen sich auf die Stelle nicht (auch nicht auf die zu Grunde liegende Basilikenstelle).

Digitized by Google

„*Τὸ διδόμενον ἰατροῖς καὶ τεχνίταις δῆλον ποσὸν ἐν ταῖς Καλάνδαις οὐκ ἔστι μισθόν. ἐὰν οὖν τι παρὰ τὸ προσῆκον ἐν ταῖς τοιαυταις ὑπηρεσίαις γένηται, οὐχ ἡ ἐπὶ μισθώσει ἀγωγή, ἀλλ ἰν φάκτουμ ἁρμόζει.*“ [24])

Diese Basilikenstelle würde allerdings ein schwer in's Gewicht fallendes Beweismittel der Gegner sein, wenn sich nicht Folgendes gegen sie einwenden ließe.

a. Sie ist eben eine Basilikenstelle und entbehrt als solche jeglicher Gesetzeskraft. In der Ausgabe der Basiliken von Heimbach 1840 nennt die Stelle keinen bestimmten (klassischen) Juristen als Verfasser, auch findet sie sich m. E. — ich stütze mich z. B. auf die Autorität Gothofred's und der Gebrüder Kriegel — nicht in den Handschriften des Corpus juris civilis. Sie ist also jedenfalls von den Verfassern der libri Basilicorum unter die im Uebrigen mit dem gleichnamigen Digestentitel harmonirenden Fragmente des lib. 20 tit. IV. „de actione praescriptis verbis“ („*περὶ τῶν προγεγραμμένων συμφώνων ἀγωγῆς*“) später eingeschoben, wie (an anderen Stellen) so manches Andere. Die Mommsen'sche „Restitution“ [25]) entbehrt daher jeglicher Begründung. Man würde dies selbst dann annehmen müssen, wenn die fragliche Stelle nicht unter einer besonderen Nummer (27) dem Basilikentitel

---

[24]) Von Mommsen ist die Stelle nicht wörtlich in das Lateinische übertragen. Er fügt dem „Kalendis“ noch „[Januariis?]“ hinzu; ob mit oder ohne Grund, ist schwer zu entscheiden, da sich jedenfalls denken läßt, daß die Römer ihre Aerzte so gut monatlich als jährlich bezahlten. Dagegen das *δῆλον ποσόν* (certum, quantum) berücksichtigt Mommsen nicht speciell. Es liegt übrigens auch in dem „dari solet“ stillschweigend ausgedrückt.

[25]) Mit mehr Recht würde Zimmermann a. a. O. sie die Konjektur von Mommsen genannt haben.

Digitized by Google

de act. praescr. verb. (20,4) nachgefügt, sondern dem vorhergehenden fr. 26 als integrirender Schlußsatz angehängt wäre, so daß es ausgesehen hätte, als habe Pomponius auch diesen Schlußsatz verfaßt. Auch in diesem Falle würde der Schlußsatz deshalb verworfen werden müssen, weil er sich in den justinianeischen Digesten nicht findet.

Man vgl. z. B. die Florentiner Handschrift, die Ausgabe des Corpus juris civilis von Gothofredus Francof. et. Lips. MDCCV. pag. 578 und diejenige der Gebr. Kriegel von 1872.

Anders wäre vielleicht dann zu urtheilen, wenn sich außer dieser Stelle noch irgendwo — sei es in den Basiliken, oder (was erheblich in das Gewicht fallen würde) in der justinianeischen Sammlung —, insbesondere im Tit. Dig. de praescr. verb. 19,5, eine Andeutung fände, daß die Nichterfüllung des Kontraktes seitens eines Arztes vom Verletzten gerichtlich nur mit einer actio in factum (praescriptis verbis) verfolgt werden könne. Aber es findet sich nirgends eine solche Andeutung, sondern wir finden im Gegentheil — wie sich unten zeigen wird — in einem Digestenfragment die Bemerkung, daß in solchem Falle eine Klage aus einem ganz anderen — und zwar benannten — Kontrakt ertheilt werde.

b. Daß die Basiliken-Stelle nicht von Pomponius ist, läßt sich u. A. auch dadurch noch entfernt wahrscheinlich machen, daß die Sabinianer die Theorie der Innominatkontrakte überhaupt nicht begünstigt zu haben scheinen. (Vgl. Note 16).

c. Daß die zitirte Basilikenstelle nicht in die L. ult. D. h. t. 19,5 gehören kann, folgt auch aus dem Umstande, daß diese L. ult. ein ganz anderes Thema behandelt als jene. Wie sollten — selbst wenn man einräumen könnte, daß Pomponius in seinem liber XXI. ad Sabinum die beiden heterogenen Themata unmittelbar nach einander erörtert hätte — die Kompilatoren dazu gekommen sein,

Digitized by Google

in ein Fragment, welches lediglich und ausführlich die bei einem „Si tibi scyphos dedi“ möglichen Eventualitäten erörtert, plötzlich und unvermittelt die den Arzt betreffende Erörterung zu stellen? Warum dies nicht auch Mommsen aufgefallen ist, bleibt eine offene Frage.

d. Eventuell würde, selbst wenn zugegeben werden dürfte, daß die angeführte Stelle wirklich 1) von Pomponius l. c. herrühre und 2) auch in die L. ult. D. h. t. 19,5 gehöre — etwa weil doch eine unangreifbare Handschrift sie diesem Fragmente anfügte, — sich doch noch sehr bezweifeln lassen, ob die „in factum actio“ (ἀγωγὴ ἐν φάκτουμ) der Stelle eine actio praescriptis verbis bedeute. Sie kann vielleicht mindestens ebensogut aufgefaßt werden als eine in factum actio ad legem Aquiliam, da wir nicht allein im Digestentitel de praescr. verbis an mehreren Stellen die „in factum actio“ in der Bedeutung einer erweiterten actio legis Aquiliae erwähnt finden,

— L. 14 pr. §. 1—3 L. 23 (cfr. L. 11) D. h. t. 19,5 —

sondern auch an anderen Orten lesen, daß speciell die Nichterfüllung oder mangelhafte Erfüllung des Vertrages durch einen Arzt — wenn zugleich durch positives Thun desselben mit körperlicher Einwirkung auf das Objekt eine Sachbeschädigung (bezw. ein damnum corpori datum) stattgefunden hatte — die direkte oder erweiterte actio legis Aquiliae begründete (und zwar letztere elektiv neben einer Klage aus benanntem Kontrakt).

§. 6. 7. Inst. de lege Aq. 4,3.
L. 7 §. 8 L. 8 pr. D. cit. 9,2.
Cfr. L. 9 pr. §. 1 D. eod.
Collat. XII. 7 §. 7.

Auch spricht dafür, daß in der angef. Basilikenstelle die „in factum actio“ als die erweiterte Sachbeschädigungs-

Digitized by Google

klage aufzufassen sei, die von jener gewählte Ausdrucksweise: „ἐὰν οὖν τι παρὰ τὸ προσῆκον ἐν ταῖς τοιαύταις ὑπηρεσίαις γένηται“ welche richtig in der Heimbach'schen Basiliken-Ausgabe („Si quid igitur in ejusmodi operis praeter quam deceat, factum sit“). dagegen m. E. fehlerhaft von Mommsen l. c. („si quid in hisce ministeriis aliter fiat quam convenit“) übersetzt wird. — Das „παρὰ τὸ προσῆκον“ der Basiliken bedeutet nicht etwa, wie Mommsen zu glauben scheint, eine kontraktswidrige, sondern — wie auch Heimbach mit dem „praeter quam deceat“ andeutet — schlechthin eine rechtswidrige Handlung. Diese aber muß unter allen Umständen eine Deliktsklage erzeugen, welche die actio praescriptis verbis mindestens überflüssig machen würde (es sei denn, daß im einzelnen Falle dem Kläger die letztere ertheilt werden müßte, weil bei dieser die Beweislast geringer sein würde, als bei der actio ex delicto). — Es ist jedoch einzuräumen, daß mit der Auffassung der in den Basiliken erwähnten „in factum actio“ als einer erweiterten Sachbeschädigungsklage — einer Auffassung, welche der Stelle jegliche Bedeutung für unsere Frage rauben würde — sehr schwer zu vereinigen sind die Eingangsworte der Stelle: „Quod Kalendis certum dari solet medicis . . ., non est merces“ und das weitere „non ex locato“ (οὐχ ἡ ἐπὶ μισθώσει ἀγωγή'). Denn diese Worte deuten entschieden darauf hin, daß hier — eigentlich — von dem zwischen Arzt und Patienten abgeschlossenen Vertrage die Rede sein sollte. Man darf daher unter keinen Umständen mit Mommsen annehmen, daß die Stelle von Pomponius sei. Eher schon darf man den Autoren der Basilica einen derartigen lapsus zutrauen, daß sie, ausgehend vom Vertrage, schließlich auf eine Deliktsklage verfallen.

e. Für die Richtigkeit der ad a.—d. bereits aufgestellten und möglichst begründeten Behauptungen, daß die angef.

Digitized by Google

Stelle 1) nicht von Pomponius sei, 2) nicht in die Digesten gehöre, 3) von den Basilikenverfassern herrühre und 4) mit der „in factum actio“ gegen den Arzt vermuthlich nicht auf die actio praescriptis verbis (sondern nuf die erweiterte Sachbeschädigungsklage?) hindeuten wolle, ist schließlich als das gewichtigste und schwerwiegendste Argument noch folgendes anzuführen: Was sollte denn der Verletzte mit der actio praescriptis verbis gegen den Arzt in dem Falle anfangen, wenn er dem Arzte das Honorar noch nicht bezahlt hatte? Die Römer ertheilten die actio praescriptis verbis nur demjenigen, welcher seinerseits dem Vertrage Genüge geleistet — und gerade durch die Erfüllung desselben erst den klagbaren Anspruch zur Existenz gebracht — hatte.

L. 1 §. 2 L. 5 pr. i. f. §. 1. 2 L. 6. 7. 9. 13. 16 pr. L. 18. 24—26 D. h. t. 19,5. L. 8 i. f. L. 19. 20 pr. D. eod. L. 3. 6. 8. Cod. eod. 4,64.*)

Wollte man also — als römischer Jurist — den Vertrag zwischen Arzt und Patienten als Innominatkontrakt auffassen (do ut facias bezw. facio ut des), so würde man dem Patienten, falls er noch nicht das Honorar an den Arzt bezahlt hätte — was der gewöhnliche Fall sein wird —, gegen den Arzt jegliche Klage wegen mangelhafter Kontraktserfüllung verweigern müssen: Der Verletzte würde also in solchem Falle — und falls nicht zufällig der Arzt außerdem noch ein damnum injuria datum gegen ihn begangen hätte — völlig rechtlos dastehen. Andererseits würde der kontraktsbrüchige, unkundige oder negligente Arzt sich stets durch Ablehnung des etwa — zur Erlangung der actio praescriptis verbis gegen ihn — ihm angebotenen Honorars jeglicher Verantwortung (ex contractu) haben entziehen können. Daß die Römer ein so ungereimtes Resultat nicht gewollt

*) Cfr. L 7 § 2 L. 45 D. 2,14. L. 10 Cod. 2,3. L. 23 C. 2,4. L. 1 C. 5,14.

Digitized by Google

— daß sie also den Gesichtspunkt des Innominatkontrakts auf Verträge mit einem Arzte nicht angewendet — haben, daß demnach die fragliche Stelle nicht von Pomponius geschrieben und nicht in die Digesten Justinian's aufgenommen, somit auch nicht in Deutschland rezipirt worden sein kann, sondern daß sie ein bloßer Zusatz der Basiliken sei, unterliegt keinem Zweifel. Ob nun die Basiliken-Verfasser bei ihrer „in factum actio" eine aquilische Klage vor Augen gehabt haben — was das wahrscheinlichste ist —, oder aber ob sie einen Versuch (welcher als total mißglückt zu betrachten sein würde) haben machen wollen, das reine römische Recht zu verbessern, kann unter solchen Umständen füglich dahin gestellt bleiben.

4. Die von Arndts und Göschen a. a. O. noch angeführte L. 1 D. de extr. cogn. 50,13 — (L. 4 eod. kommt hier überall nicht in Betracht) — ist für unsere Frage eigentlich irrelevant. Sie sagt freilich, daß den Professoren, Aerzten, Hebammen ꝛc. extra ordinem Recht gesprochen werden solle, wenn sie Honorar einzuklagen haben. Diese Bestimmung — cfr. L. 6 i. f. L. 9 i. f. Cod. de prof. et med. 10,52 — deutet jedoch keineswegs auf einen Innominatkontrakt hin, sondern sie läßt im Gegentheil schließen, daß hier kein Innominatkontrakt angenommen werde (andernfalls würde ja dem Arzte zur Einklagung seines Honorars statt der extraordinaria cognitio eine actio praescriptis verbis — aus der Kategorie facio, ut des — ertheilt worden sein).[26])

Vgl. insbes. L 1. §. 9 D. eod. 50,13 (extraordinaria cognitio gegen den Arzt) und L. 7 § ult. D. ad

[26]) Irrthümlich scheint z. B. Glück Erl. der Pand. Bd. XV. 1813, S. 288 die actio praescriptis verbis für gleich bedeutend zu halten mit der extraordinaria cognitio, indem er sagt: „sondern eine actio extraordinaria, nämlich actio in factum praescriptis verbis Statt finde."

Digitized by Google

leg. Ag. 9,2: „ex locato.“ Aus diesen beiden Stellen — beide von Ulpian — geht hervor, daß Ulpian an Innominatkontrakte mit Aerzten nicht im Entferntesten denkt.

5. Arndts a. a. O. zieht zur Vergleichung noch heran die LL. 1—3 D. de proxenet. 50,14, welche für unsere Frage keine Bedeutung haben.

6. Nicht ersichtlich ist mir, weshalb Göschen a. a. O. Not. 6 zum Beweise seiner Behauptung, daß die Römer einen Vertrag über Dienstleistungen, „welche wissenschaftliche Bildung voraussetzten“ (S. 389), „nach Analogie eines unbekannten Realkontrakts“ (S. 390) aufgefaßt hätten, die L. 1. pr. D. si mensor 11,6 anführt (ein ähnliches Durcheinanderwerfen der Quasideliktsklage gegen den mensor mit der Theorie der Innominatkontrakte ist oben (S. 343) bereits Zimmermann a. a. O. S. 226 zum Vorwurf gemacht worden).

V. Gegen die Ansicht, daß der Vertrag zwischen Arzt und Patienten als Innominatkontrakt aufzufassen sei und die actio praescriptis verbis begründe, läßt sich vom praktischen Standpunkte aus nunmehr noch Folgendes einwenden.

1. Ein Innominatkontrakt mit actio praescriptis verbis im römischen Sinne würde, wie oben bereits bemerkt ist, immer erst zur Existenz gelangt sein, wenn von der einen Seite geleistet ist, und aus ihm würde nur der eine Klage haben, welcher wenigstens seinerseits den Vertrag bereits erfüllt hätte. Vgl. S. 24.

2. Nun geht allerdings die herrschende Ansicht dahin, daß die Innominatkontrakte im heutigen Recht nicht mehr, wie bei den Römern, als Real-, sondern im Gegentheil als vollständige Konsensualkontrakte aufzufassen

Digitized by Google

seien[27]), daß demnach die actio praescriptis verbis des heutigen Rechts zu ihrer Existenz nicht mehr erfordere, daß Kläger seinerseits bereits geleistet habe, sondern daß diese Klage sich jetzt ganz allein auf den Konsens der Kontrahenten stütze.

Vgl. Arndts Pand. 7 Aufl. § 232 Anm. 4 und besonders § 335.

Windscheid II. § 312 S. 198.

Brinz, Pand. Bd. I. 1857 S. 444 unten bis 445. S. 507 § 116.

v. d. Pfordten, Abhandlungen 1840. S. 272 ff. 283 ff., verlangt für das römische Recht zur Existenz des Innominatkontrakts eine causa, schlägt S. 285 für römische Innominatkontrakte den Namen „Causalcontracte" vor und behauptet mit Recht, daß diese mit den benannten Realkontrakten des röm. Rechts in keiner besonderen Verbindung stehen.

Vgl. auch Demelius in den Jahrb. f. Dogm. Bd III. S. 399—410.

Förster, Theorie und Prax. des heut. gem. preuß. Privatr. Bd. II. S. 259.

Diese Ansicht scheint mir jedoch den Punkt, worauf es ankommt, nicht ganz zu treffen. Einzuräumen ist, daß die sogen. unbenannten Verträge, soweit sie noch im heutigen Rechtsleben vorkommen, als Konsensualkontrakte zu betrachten sind und daß die Zahl der Konsensualverträge h. z. T. nicht mehr auf die vier römischen beschränkt, son-

[27]) Falls nicht zufällig auf Rückgabe einer Sache geklagt und ihre Hingabe behauptet wird oder aber falls nicht die Kontrahenten einen Realvertrag gerade beabsichtigt haben. — Nicht ohne Grund bezeichnet Koch, Recht der Forderungen Bd. III. 1843, S. 689 die Innominatkontrakte als „ein Gemisch von Real- und Consensualkontrakten"; nämlich dann mit Grund, wenn man die Bemerkung auf das heutige Recht bezieht.

Digitized by Google

dern eine ungemessene ist. Man muß aber, wenn man dies zugesteht, konsequent auf unsere sämmtlich klagbaren pacta consensualia die Grundsätze der römischen Konsensualverträge — d. h. desjenigen unter ihnen, welcher dem fraglichen Vertrage am nächsten steht —[28]) anwenden und nicht zu einer römischen Theorie seine Zuflucht nehmen, welche lediglich für (Innominat-) Realverträge eingeführt und gerade deshalb ja erfunden ist, weil die römische Rechtsentwickelung noch nicht bis zur Klagbarmachung aller denkbaren Konsensualverträge vorgeschritten war und daher eine Lücke darbot, welche h. z. T. verschwunden ist.

Vgl. Mommsen, Beitr. zum ObligR. Bd. I (Unmöglichkeit der Leistung) 1853. S. 398—399.

Stobbe, Handb. des dtsch. Privatr. 1878 Bd. III S. 68 ff. ad II. und III.

Man darf daher für das heutige Recht nicht sagen: „Aus Innominatkontrakten findet die actio praescriptis verbis statt, aber sie verlangt jetzt nicht mehr, daß klägerischerseits geleistet worden ist," sondern man muß behaupten: Aus Innominatkontrakten findet nicht mehr die actio praescr. verbis statt, weil diese ihrer Natur nach verlangt, daß klägerischerseits vorher geleistet ist; sondern es findet statt dessen die Klage aus einem, dem thatsächlichen Verhältniß am nächsten kommenden Konsensualkontrakt (vgl. Not. 28) statt.[29])

---

[28]) Unter besonderen Umständen wird statt dessen die Klage aus irgend einem — gerade passenden — benannten Realkontrakt gewährt werden dürfen.

[29]) Es wird zwar wenig im Wege stehen, bei besonderen Innominatkontrakten, welche in eigenen Digestentiteln eine speziell ausgebildete Theorie empfangen haben — Titt. Dig. 19,3 und 4; cfr. Cod. lib. IV tit. 64 —, dann, wenn der Fall sich zur Verwerthung dieser Klagen ganz besonders eignet — z. B. wenn bereits von einer Seite geleistet ist — eine actio praescriptis verbis (bei Trödel-

Digitized by Google

Aehnlich Sintenis Civilr. II. 1861. § 113 Anm. 8 S. 564 Spalte 2 oben: „Nachdem nun gegenwärtig noch die Innominatkontrakte . . . in solche Verträge übergegangen sind, denen sie früher nur als analog zu betrachten waren" u. s. w.

Man darf nicht der heutigen Wissenschaft das Recht zuerkennen, mit feststehenden Begriffen und Rechtsinstituten des römischen Systems derartige willkürliche Aenderungen und Erweiterungen vorzunehmeu, daß eine lediglich für Realverträge geschaffene Theorie auch für Konsensualkontrakte verwerthet wird. Sondern wenn man h. z. T. auf einen Fall aus unserem Rechtsleben Bestimmungen

---

vertrag und Tausch bonae fidei, arg. § 28 Inst. de act. 4,6) zu ertheilen.

Vgl. jedoch die fast richtige Bemerkung von Vangerow Pand. Bd. III. 1869, S. 243: „die Leistung . . . geschieht . . . jetzt . . ." (in der Regel!) „nicht mehr contrahendi causa, sondern blos und allein solvendi causa."

Auch lassen sich arg. L. 22 und L. 5 § 2 D. h. t. 19,5 noch Fälle außer Tausch und Trödelvertrag denken, in denen die actio praescriptis verbis allenfalls ertheilt werden dürfte.

Vgl. Seuff. Arch. XXV.. 28 geg. Ende (XVI. 147.) XXIV. 124. 126. (232).

Wo dagegen der Vertrag vorläufig nur durch Konsens begründet ist und wo der Fall zur Klage gelangt, bevor von einer Seite ersichtlich bereits geleistet worden ist, darf man unter keinen Umständen die actio praescr. verbis ertheilen, sondern man wird genöthigt sein, eine (durch die „exceptio"*) non adimpleti contractus, vielleicht zu entkräftende) Klage aus irgend einem, dem Falle am meisten kongruenten Konsensualkontrakt zu ertheilen.

Vgl. im Allgem. noch preuß. Landr. I. 11. § 363. 368. 369. Oesterreich. Gesetzb. § 1045. Code civil art. 1703 Zu vgl. ist auch die viel getadelte Abhandlung von Gans, ObIR. 1819, S. 169 ff.

---

*) Vgl. Windscheid § 321 ad Not. 2 und 3.

Digitized by Google

des römischen Rechts verwenden will, so muß man solche wählen, welche mit der möglichst geringen Schwierigkeit — ohne daß man ihnen zu viel Zwang anthun muß — in Anwendung gebracht werden können. Es ist ein schreiender Widerspruch, einer Klage einen römischen Namen — z. B. denjenigen der actio praescriptis verbis — ertheilen und doch noch das Recht behalten zu wollen, das eigentliche Wesen dieser gewählten Klage zu ignoriren. Wo ein Vertrag als Konsensualvertrag klagbar ist[30]), sind praescripta verba überflüssig, und die intentio juris civilis (cfr. L. 6 D. h. t. 19,5) soll gerade nur dann ertheilt werden, wenn der Vertrag nicht durch Konsens, sondern erst durch die einestheils geschehene Leistung perfekt wird bezw. nach Intention der Kontrahenten werden soll.

Die actio praescriptis verbis wird demnach in den seltensten Fällen noch praktisch sein. Mit dem vorstehend ad 1 und 2 Entwickelten steht in gewissem Zusammenhange das oben bereits über die Subsidiarität jener Klage Bemerkte.

3. Auch läßt sich fragen: Welche Grundsätze über die Haftung des Beklagten würde man anzuwenden haben, wenn man gegen den Arzt die actio praescriptis verbis für zulässig halten wollte? Würde in diesem Falle der Beklagte (der Arzt) für omnis culpa oder nur für dolus und lata culpa zu haften haben? Zur Beantwortung der Haftungsfrage kann uns das römische Recht nur geringe Anhaltspunkte bieten. Im Digestentitel de praescriptis verbis finden sich folgende hierher gehörige Stellen.

L. 1 § 2 i. f. D. h. t.: „non exhibita fide*) in factum civilis subjicitur actio."

[30]) Was h. z. T. die Regel bildet. Vgl. Bangerow a. a. O. (oben Note 29).

*) D. h. schlechthin: bei Kontraktsbruch. Vgl. Not. 31.

Digitized by Google

L. 5 § 1 eod.: „. . . Ni scyphos tibi dedi, ut Stichum mihi dares, periculo meo Stichus erit, ac tu duntaxat culpam praestare debes."

L. 5 § 3 eod.. „nulla erit civilis actio, et ideo de dolo dabitur."

L. 5 § 4 i. f. eod.: „quae actio similis erit mandati actioni, quemadmodum in superioribus casibus locationi et conductioni."

L. 15 circ. fin. L. 16 § 1 i. f. D. eod.

L. 17 § 1 c. f. D. eod.: „teneri te hactenus, ut dolum et culpam mihi praestes."

L. 17 § 2 eod.: „et dolum et culpam mihi praestandam esse . . . ., si vero mei duntaxat causa datum est, dolum solum, quia prope depositum hoc accedit."

L. 17 § 4 i. f. D. eod.: „periculum me minime praestiturum; ex quo apparet utique custodiam ad me pertinere."

L. 20 § 2 eod.: „culpam eorum . . . praestare te oportere."

Cfr. L. 24 D. eod. L. 10 § 1 D. commod. 13,6 (L. 5 § 2. 3. D. eod. L. 12 pr. eod.)

Vgl. Pufendorf, de culpa 1741. p. 289 squ. (P. IV. c. 11 § 1—4.) Trödelkontrakt und Tausch: L. 1 pr. i. f. D. de aest. 19,3.

L. 2 D. de rer. perm. 19,4. —[31])

Aus allen hier angeführten Pandektenfragmenten[31]) geht klar hervor, daß den Innominatkontrakten eine selbstän-

[31]) Gänzlich im Stich läßt uns der Codex. Hier wird stets im Allgemeinen gesprochen und aus Ausdrücken, wie „fides placiti tibi servetur", „si huic non pareatur . . .", „exhibeant fidem", „ad implendum placitum" u. a. (L. 4 c. f. L. 6—8 Cod. de per. perm. et de praescr. verb. 4,64) läßt sich auf den Grad der Haftung schlechterdings nicht schließen.

Digitized by Google

dige Theorie über die Haftung der Kontrahenten fehlt und daß solche Theorie in jedem einzelnen Falle ersetzt wird durch diejenigen Grundsätze, welche für den dem fraglichen Geschäft am nächsten stehenden benannten Vertrag gelten (event. durch die z. B. in L. 5 § 2 D. commod. 13,6. L. 108 § 12 D. de leg. I. L. 23. D. de R. J. 50,17 zunächst für die Haftung in benannten Kontrakten aufgestellten obersten Prinzipien.) [32])

---

[32]) L. 5 § 1 c. f. cit. 19,5 stellt Haftungsregeln über den Tausch — also einen dem Kauf*) analogen Vertrag — und L. 17 § 1 c. f. eod. (cfr. L. 17 § 2 L. 20 § 2 eod.) stellt solche für den Trödelvertrag auf, für welchen letzteren nach L. 1 pr. i. f. D. cit. 19,3 im Allgemeinen die als Regel für bonae fidei contractus geltenden Grundsätze maßgebend sind (vgl. Windscheid II. § 383 ad Not. 10). Cfr. L. 11 D. de R. C. 12,1. — L. 17 § 2 i. f. cit. 19,5 sagt, daß da, wo das Geschäft nach Analogie des Depositum zu beurtheilen sei, nur dolus prästirt werde, während aus L. 5 § 3 L. 15 i. f. L. 16 § 1 i. f. eod. hervorgeht, daß, wo dolus vorliege, die actio praescr. verbis unter Umständen verdrängt werde durch die actio doli (womit freilich L. 17 § 2 i. f. cit. wohl zu vereinigen ist). Ferner ist in L. 5 § 4 i. f. (und L. 17 § 2 i. f.) eod. der Grundsatz ausgesprochen, daß die actio praescr. verbis ihrer Theorie nach anzuschließen sei an die Klage aus irgend einem benannten Kontrakt und daß insbes. für die Haftung die Grundsätze dieser — benannten — Kontraktsklage maßgebend seien. Dieser Grundsatz wird (mit Benutzung allgemeiner Prinzipien) auch in L. 17 § 2 cit. angedeutet, wo gesagt wird, man habe dolum et culpam dann zu prästiren, wenn man im eigenen Interesse eine Sache zum Besichtigen erhalte (m. a. W. wenn das Geschäft sich dem Kommodat oder der Miethe nähere). — In L. 17 § 4 cit. 19,5 wird bei Erörterung der Haftungsgrundsätze lediglich Bezug genommen auf den Kauf. Das Geschäft in L. 20 § 2 eod., wo ebenfalls für dolus et culpa gehaftet wird, nähert sich dem Kommodat.

---

*) L. 2 D. cit. 19,4 (die actio ex permutatione schließt sich an die actio emti bezw. venditi an).

Digitized by Google

[Ueberall zeigt sich klar, daß es sich hier lediglich um eine Aushülfstheorie handelt, wie z. B. auch hervorgeht aus der einmal in den Quellen sich findenden Benennung der actio praescriptis verbis als „utilis actio". L. 6 i. f. Cod. de transact. 2,4: „utilis actio, quae praescriptis verbis rem gestam demonstrat, danda est."]

Was würde nun — da wir doch die Grundsätze eines benannten Vertrages zu Hülfe ziehen müßten, um über den Grad der kontraktsmäßigen Haftung des Beklagten — des Arztes — Klarheit zu gewinnen [33]) — die Annahme eines unbenannten Vertrages und der actio praescriptis verbis im einzelnen Falle nützen? Wir würden einfach einen Umweg zu machen haben, indem wir den Namen des unbenannten und die Haftungsregeln des nächstliegenden benannten Kontrakts der Entscheidung zu Grunde legten. Ein solcher Umweg war in Rom (wo — noch zu Justinian's Zeit — die Stipulationsmaxime der analogen Ausdehnung der Klagen aus benannten Verträgen einen unzerbrechlichen Riegel vorschob) vielleicht nothwendig [34]), in heutiger Zeit aber ist er überflüssig. [35])

---

[33]) Man wende hier nicht ein, daß die Haftung des Arztes als solchen zu klar und zugleich allgemein genug hervorgehe aus L 6. § 7 D. de off. praes. 1,18. Wie manche Menschenklassen giebt es dagegen nicht, für die als solche das Corpus juris keine (allgemeinen) Haftungsgrundsätze aufstellt! Unter allen Umständen ist es zugleich nöthig, die Haftung zu ermitteln aus der Theorie des zu Grunde liegenden Vertrages.

[34]) Die rezipirten Rechtsquellen erwähnen jedoch — wie bereits bemerkt ist — bezüglich des Arztes den Innominatkontrakt nicht. Erwähnten sie ihn, so würde noch in Betracht kommen das S. 12 ff. ad II. Gesagte.

[35]) Eine Ausnahme ist hier wieder zu machen für die in Note 29 angedeuteten Fälle. Vgl. noch § 2 Inst. de loc. et cond. 3,24 und L. 17 § 3 D. h. t. 19,5 (die hier behandelten Verträge stehen zur

Digitized by Google

Als Resultat der bisherigen Untersuchungen ist zu konstatiren, daß ein Innominatkontrakt zwischen Arzt und Patienten nicht anzunehmen und eine actio praescriptis verbis — auch nicht diejenige im Sinne der Neueren, bei welcher das Erforderniß der klägerischerseits erfolgten Leistung weggefallen sein soll — gegen den Arzt nicht zu ertheilen sei.

Es bleibt noch zu erörtern, welcher benannte Vertrag dem Verhältnisse zwischen Arzt und Patienten entspreche. Daß ein solcher (benannter) Vertrag zu finden sei, kann kaum in Frage stehen, da es — wie bereits angedeutet — h. z. T. fast in allen konkreten Vertragsfällen gelingen wird, einen benannten Kontrakt zu finden, dessen gemeinrechtliche Eigenthümlichkeiten mehr oder weniger direkt mit den im einzelnen Falle zur Entscheidung gestellten Thatsachen kongruiren.

III.

Würde man in unserem Falle ein Mandat annehmen können? Diese Frage scheinen mit Rücksicht auf

L. 6 pr. D. mand. 17,1 (Ulpian)[36]: „Si remunerandi gratia honor intervenit, erit mandati actio,“

bejahen zu wollen

1. Hufeland, Lehrbuch des gem. Civilr. Bd. I. 1807. § 516, Not. a (vgl. § 340) und

---

Miethe ähnlich wie der Tausch zum Kaufe; man dürfte hier event. — d. h. wenn ihre Erfordernisse vorliegen — auch heute noch eine actio praescr. verbis ertheilen mit Anwendung der für Miethe geltenden Grundsätze). Cfr. Windscheid II. § 404 Absatz 1 und Note 1. — Titt. Dig. 19,3 u. 4.

[36]) Cfr. L. 7 L. 10. § 9, L. 56 § 3 D. eod. L. 1 i. f. L. 17 Cod. eod. 4,35. — Basilic. lib. XX. tit. IV. fr. 27: „*Τὸ διδόμενον ἰατροῖς . . . οὐκ ἔστι μισθός.*“ Daß die letztere Stelle juristisch kaum in Betracht kommen kann, ist oben S. 20 ff. bereits nachgewiesen worden.

Digitized by Google

2. v. Wening-Ingenheim, Lehre vom Schadensersatze. 1841. § 101, S. 191 f. Wenigstens behauptet dieser Jurist, daß „das Obligationsverhältniß des Arztes dem eines jeden Mandatars" am nächsten komme und will die Haftungsgrundsätze des Mandats auf den Arzt angewendet wissen.[37])

Cfr. Leyser med. ad pand. spec. 519 med. 12.[38])

Sie ist jedoch unbedingt, mindestens für das heutige Recht — über die historische Entwicklung im römischen Recht vgl. unten S. 45 ff. —, zu verneinen, und zwar aus folgenden Gründen.

I. Die Quellen betonen mit der allergrößten Entschiedenheit, daß das Mandat seinem Grundwesen nach unentgeltlich sei.

L. 1 § 4 D. h. t. 17,1 (Paulus): „Mandatum, nisi gratuitum, nullum est . . ." Cfr. § ult. Inst. de mand. 3,26. L. 13 pr. D. eod. (Ulpian): „. . . mandata gratuita esse debent."

L. 22 D. de praesor. verb. 19,5 (Gajus): „Si tibi polienda . . . dederim, si quidem gratis hanc operam te suscipiente, mandati est obligatio . . ." Gaj. III. 162: „In summa sciendum (est, quotiens faciendum) aliquid gratis dederim, . . . mandati esse actionem . . ."

Sie fügen hinzu, daß das Geschäft, sobald die Unentgeltlichkeit desselben wegfalle, m. a. W. sobald die

[37]) Das letztere würde praktisch zwar keine Unzuträglichkeiten haben, da auch der Mandatar für omnis culpa haftet; theoretisch aber ist es unrichtig.

[38]) Bezüglich der Advokaten vgl. z. B. Bayer, Vortr. § 98. Linde, Lehrb. des dtsch. gem. Civilproc. 1838 § 129 ff. Weiske's Rechtslex. Bd. VII. S. 805 (ad) Not. 341.

Digitized by Google

Intention der Kontrahenten auf die Begründung einer rechtlichen Verbindlichkeit zur Zahlung des Honorars oder des Lohnes gehe, sofort sich in einen anderen Vertrag verwandele.

§ ult. Inst. de mand. 3,26: „In summa sciendum est, mandatum, nisi gratuitum sit, in aliam formam negotii cadere."

L. 1 § 4 D. h. t. 17,1: „. . . interveniente enim pecunia res ad locationem et conductionem potius respicit." (und „contrarium ergo est officio merces").

§ ult. cit. I. 3,26: „. . . . nam mercede constituta incipit locatio et conductio esse: . . . sine mercede suscepto officio, mandati . . . contrahitur negotium, . . . interveniente mercede, locatio et conductio . . . nulla mercede constituta neque promissa, mandati competit actio."

L. 22 D. cit. 19,5: „. . . . si vero mercede data aut constituta, locationis conductionisque negotium geritur."

Gaj. III. 162: „. . . . quo nomine si mercedem statuissem, locatio et conductio contraheretur . . ."[39])

Daß hier die Quellen, wenn sie das Mandat ausschließen, stets die Begründung einer — auf dem Vertrage selbst

---

[39]) Zur entfernten Vergleichung mag hier angeführt werden der an sich sehr allgemein klingende Ausspruch des Paulus

L. 5 pr. D. h. t. 17,1: „Diligenter igitur fines mandati custodiendi sunt; nam qui excessit, aliud quid facere videtur";

welcher jedoch dadurch seine Beweiskraft für unsere Frage einbüßt, daß er in ganz besonderem Zusammenhange — cfr. L. 3 § 2 L. 4 L. 5 § 1 D. eod. — erwähnt wird. Vgl. hierzu auch L. 16 Cod. de loc. et cond. 4,65: „Legem quidem conductionis servari oportet." L. 19 Cod. eod. — § 5 Inst. eod. 3,24..

Digitized by Google

beruhenden — rechtlichen Verpflichtung zur Zahlung eines Honorars oder Lohnes vor Augen haben, geht aus dem „interveniente pecunia“ oder „mercede“ klar genug hervor. Nur in solchem Falle soll der Vertrag kein Mandat sein, sondern als ein anderes, ex professo entgeltliches Geschäft aufgefaßt werden. Wenn dagegen die Kontrahenten die Belohnung des Mandatars weniger in der Gestalt einer rechtlichen und auf dem Vertrage selbst beruhenden Verpflichtung, als vielmehr „remunerandi gratia“ — L. 6 pr. cit. 17,1 —, also in Form eines remuneratorischen Geschenks — einer Verehrung, eines „honor“ (L. 6 pr. cit. 17,1) oder „honorarium“ — beabsichtigt haben, so soll das Geschäft trotzdem als Mandat gelten („erit mandati actio“). Dies ist der richtige Sinn der L. 6 pr. cit. 17,1; das „erit mandati actio“ soll nur bedeuten, daß beiderseits, soweit nicht gerade auf das Honorar geklagt werde, die actio mandati directa bezw. contraria statthaft sei, m. a. W. daß das Mandat so gültig sein und so behandelt werden solle, als sei von einem Honorar dabei überhaupt nicht die Rede gewesen (nicht aber bedeutet die Stelle — wie Manche meinen — so viel, daß auch auf Zahlung des Honorars mit der actio mandati — contraria — geklagt werden könne). Das Honorar im Sinne der L. 6 pr. cit. soll als — ursprünglich unklagbare — res merae facultatis [40]) gänzlich außerhalb des Vertrages stehen (erst später führte man für Honorarverpflichtungen bei Mandat und ähnlichen, an sich unentgeltlichen, Geschäften eine Klage ein, aber nicht etwa die Vertragsklage [41]), sondern eine extraordinaria cog-

[40]) Jeder kann ja — insbesondere remuneratorisch — so viel verschenken, als er will und soweit nicht spezielle gesetzliche Beschränkungen im Wege stehen.

[41]) Actio mandati. — Wohl dagegen konnte unter Umständen eine actio praescriptis verbis stattfinden — vgl. L. 5 § 3 D.

Digitized by Google

nitio [42]). Dies ist zwar nicht so zu verstehen, als dürfe das Honorar beim Mandat nicht fest versprochen sein. Im Gegentheil, gerade bei dem Mandat muß das Honorar — wenn es mit der extraordinaria cognitio eingeklagt werden soll — fest und bestimmt versprochen sein (oder aber freiwillig gegeben werden).

Dies geht klar hervor aus L. 56 §. 3 D. h. t. 17,1. L. 17 Cod. eod. 4,35.

Vgl. Windscheid §. 409 S. 530: „Der Auftrag

---

praescr. verb. 19,5 und hierzu Dankwardt a. a. O. und Koch, das Recht der Forderungen Bd. III. 1843. S. 686 —, da diese Klage weiter nichts voraussetzt, als die von der einen Seite in der Absicht geschehene Leistung, daß andererseits wenigstens irgend etwas dafür geleistet werde. Vgl. Seuff. Arch. XXIX. 124.

[42]) Diese Klage mußte überall da aushelfen, wo nach den Grundprinzipien des alten Civilrechts ein anderes Rechtsmittel nicht gegeben war.

Tit. Dig. de extraord. cogn. 50,13; insbes. das. L. 1 pr. § 7 L. 2. 5 principio.

Ob die Römer im Stande waren, auf den Vertrag mit einem Arzte den Gesichtspunkt des Mandats anzuwenden? Die Frage wird von Manchen bejaht und zwar mit Rücksicht darauf, daß einerseits dem Arzte für seine Honorarforderung in L. 1 § 1 D. de extr. cogn. 50,13 eine extraordinaria cognitio und daß andererseits gerade beim Mandat auf das Honorar dasselbe Rechtsmittel ertheilt wird (L. 7 D. h. t. L. 56 § 3 D. eod. L. 17 Cod. eod. 4,35). So sagt auch Windscheid II. § 404 Not. 3: „Für die Römer war die Kategorie des Mandats die einzige juristische Kategorie, unter welche eine Beredung dieser Art gestellt werden konnte; wo diese Kategorie versagte" u. s. w. Allein der auf die extraordinaria cognitio (in der angedeuteten Weise) gebauten Schlußfolgerung stehen, wie sich unten zeigen wird, sehr gewichtige Gründe gegenüber und auf die Bemerkung Windscheid's läßt sich hier schon erwidern, daß direkt in den Quellen sich nichts findet, was darauf hindeutete, daß „eine Beredung dieser Art" unter „die Kategorie des Mandats" gestellt worden sei. Vgl. unten S. 44 ff.

Digitized by Google

. . . verträgt . . nicht bloß ein freiwillig gegebenes Honorar, sondern auch das Versprechen eines Honorars."

Aber dies Versprechen eines Honorars ist ein Versprechen *für sich* und wird rechtlich scharf getrennt von dem nebenhergehenden Mandatskontrakt. Gerade dadurch unterscheidet sich das Honorar bei Mandat von demjenigen bei *Dienstmiethe*, daß es *ausdrücklich versprochen* sein muß und daß dies Honorarversprechen *für sich* — nicht in Verbindung mit dem Vertrage selbst — rechtliche Wirkungen äußert (daher hält denn die neuere Theorie mit Recht die ihrem *Wesen* nach *entgeltlichen* Verträge über ein Thun, z. B. auch diejenigen mit Advokaten, *nicht für Mandatsverträge*).

II. Den S. 35 f. angeführten Gesetzesstellen — welche die *Unentgeltlichkeit* des Mandats hervorheben — gegenüber kann *nicht*, wie einige Rechtsgelehrte meinen, in Betracht kommen

L. 5 §. 4 D. de praescr. verb. 19,5: „Et potest mandatum ex pacto etiam *naturam suam excedere*"

(Vgl. L. 5 pr. D. h. t. 17,1; beide Stellen sind von Paulus).

Daß hier nicht von der *Entgeltlichmachung* des Mandats die Rede ist, geht hervor aus den in derselben Stelle angeführten *Beispielen* („possum enim tibi mandare" etc.), und zudem *schließt* die Stelle mit: „Sed *tutius* erit . . . *praescriptis verbis* dari actionem" . . .[43])

[43]) Auch die L. 10 § 9 D. h. t. 17,1 widerspricht dem im Text ad I. Entwickelten nicht. Hier redet Ulpian von einem procurator „salariarius" [wenigstens soll dies die — auch dem Sinne nach wahrscheinlichere — handschriftliche Lesart sein: Vgl. die Ausgaben von Gothofred, Gebr. Kriegel und Mommsen, sowie *dagegen Dirksen*, civilist. Abhandlungen 1820 S. 376—377 (und *Haloander*)] und scheint ein *miethsähnliches* Verhältniß allerdings vor Augen zu haben, ohne daß man deshalb jedoch annehmen dürfte, daß hier das Honorar z. B. mit der *Vertragsklage* eingeklagt werden könnte.

Digitized by Google

III. Will man nicht die hervorragende Eigenthümlichkeit des Mandats in seiner Unentgeltlichkeit finden — will man es mit Manchen für die heutige Zeit als ein entgeltliches Geschäft betrachten —, so wird man einräumen müssen, daß h. z. T. zwischen Mandat und Dienstmiethe (da es operae locari non solitae nicht mehr giebt; vgl. unten) nicht der geringste Unterschied mehr besteht (wenn man die Erlöschungsgründe ausnimmt).[44] — Man

[44]) Vgl. Dankwardt a. a. O. S. 315: „Alle Rechtssätze des Mandats, welche nicht in der Unentgeltlichkeit der Dienstleistung ihren Grund haben, gelten analogisch für die locatio operarum und operis." — Ein besonderes Unterscheidungsmerkmal des Mandats von anderen Verträgen über Leistungen, welche in einem Handeln bestehen, wird hervorgehoben von Förster, Theorie und Prax. des heut. gem. preuß. Privatr., welcher — nachdem er S. 297 gesagt hat: „Für das Mandat ist nämlich ein Moment wichtig, welches der Dienstmiethe fehlt: die Stellvertretung — auf S. 297—298 bemerkt: „Der Beauftragte übernimmt dessen" — des Auftraggebers „eignes Geschäft. Das Geschäft ist freilich . . . nur eine gewisse Art des Gattungsbegriffs; es ist ein Verhandeln von Person zu Person, diejenige Thätigkeit, welche im Verkehr Person mit Person in Verbindung bringt. — . . . Ein Mandat . . liegt . . . vor, wenn der Beauftragte eine Verbindung . . zwischen dem Auftraggeber und einer dritten Person herbeiführen oder erhalten soll" u. s. w. — Wenn sich das hier Gesagte gemeinrechtlich auch nicht (direkt) nachweisen läßt — vgl. Förster S. 298 Not. 13*) — (es läßt sich andererseits nicht verkennen, daß in ihm eine moderne, von unserer Zeit geforderte und daher auch von neueren Gesetzgebungen approbirte Auffassung des Vollmachtsvertrages ausgedrückt ist) — und wenn auch für unsere Frage mit der Hervorhebung der Unentgeltlichkeit des Mandats (nach gemeinem Recht) genug geschehen ist, so schien es mir doch nicht unpassend, die Bemerkungen Försters zur Vergleichung hier anzuführen.

*) Windscheid § 409 S. 529 f. Uebrigens stimmen mit der Förster'schen Theorie fast alle Fragmente des Digestentitels mandati 17,1 sowie des Tit. Cod. eod. 4,35 überein und nur in wenigen Stellen — vgl. z. B. L. 10 § 9 D. h. t. 17,1 — dürfte man Ausnahmen finden.

Digitized by Google

muß — wie bei den praescriptis verbis actiones bereits hervorgehoben ist — entweder den Namen eines römischen Rechtsinstituts ganz vermeiden oder aber zugleich mit dem Namen die fundamentalen — das begriffliche Unterscheidungsmerkmal des Instituts von anderen ähnlichen Rechtsinstituten enthaltenden — römischrechtlichen Grundsätze als maßgebend ansehen. Nur in dem Falle, wo zwischen dem Arzte und seinem Patienten wirklich ein unentgeltliches Geschäft abgeschlossen sein sollte — also in einem außerordentlich seltenen Falle —, würde man ein Mandat annehmen können.

IV. Wenn jedoch heutzutage Jemand einen Arzt konsultirt oder zur Behandlung eines Kranken zuzieht, so thut er dies gewiß nicht in der Intention, daß der Arzt seine Dienste ihm eigentlich gratis leiste, daß er zwar hierfür eine Erkenntlichkeit erwarte und auch durch besondere Rechtsmittel — durch Anrufung außerordentlicher obrigkeitlicher Hülfe — erzwingen könne, daß ihm jedoch nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen und aus dem Vertrage selbst ein Anspruch auf Honorar nicht zustehe. Andererseits wird es einem Arzte der heutigen Zeit ebensowenig in den Sinn kommen, daß er seine Dienste eigentlich unentgeltlich — „zunächst aus Menschlichkeit", wie Zimmermann a. a. O. S. 228 meint —, also aus Gefälligkeit oder Freundschaft[45]) leiste.[46]) Der Arzt lebt von der Leistung seiner Dienste;

[45]) Ist der Arzt zufällig mit dem Patienten befreundet, so kann es der Fall sein, daß er die Behandlung aus Gefälligkeit und unentgeltlich übernimmt. Dies wäre aber ein an sich rechtlich nicht in Betracht kommender Fall: Klagt der Arzt auf das Honorar (oder umgekehrt der Patient auf das Interesse), so wird die zwischen Parteien obwaltende Freundschaft — der freundschaftliche Charakter des Vertrages — an sich vom Richter keine Berücksichtigung verdienen.

[46]) Die Römer pflegen die Unentgeltlichkeit des Mandats damit zu motiviren, daß dieser Vertrag seinem historischen Ursprunge — und seinem rechtlichen Wesen — nach lediglich ein vom Mandatar

Digitized by Google

er läßt sich ex professo dafür bezahlen. — Also h. z.

dem Mandanten erwiesener Freundschaftsdienst, eine Gefälligkeit sei und daher das Geben von Geld nicht dulde („contrarium ergo est officio merces“: Lohn und Gefälligkeit als heterogene Begriffe schließen einander aus).

L. 1 § 4 D. h. t. 17,1: „... nam orginem ex officio atque amicitia trahit.“

Jsidori Hispalensis libri originum s. etymologiarum V. 24,20: Mandatum dictum, quod olim in commisso negotio alter alteri manum dabat.“

Cicero pro Rosc. Am. cap. 39: „Idcirco amicitiae comparantur, ut commune commodum mutuis officiis gubernetur. Quid recipis mandatum, si .. neglecturus .. es? ... idcirco turpis haec culpa est, quod duas res sanctissimas violat, amicitiam et fidem. Nam neque mandat quisquam fere nisi amico; neque credit nisi ei, quem fidelem putat. Perditissimi est igitur hominis, simul et amicitiam dissolvere et fallere“ ... (vgl.

H. Cocceji, tract. de doli, culpae et negligentiae praestationibus in quol. negotio 1672 pag. 21. 73—74).

Cfr. Paul. Sent. II. 15 § 1: „Ob ... inimicitiam ... negotium“ (? Huschke: „negotii“) „ei renuntiari potest.“

L. 22 § ult. i. f. L. 23. 25 D. h. t. 17,1 (Paulus und Hermogenian): „hoc amplius tenetur, .. si .. per fraudem renuntiaverit ... Sane si ... capitalium inimicitiarum ... excusationes alleget, audiendus est.“ *)

[Einigermaßen vom Princip abweichend und lediglich aus praktischen Rücksichten zu erklären ist dabei die Haftung des Mandatars für omnis culpa (seine Verpflichtung zur allerhöchsten Sorgfalt). Cfr. L. 1 pr. D. si mensor fals. mod. dix. 11,6. L. 18 § ult. D. de don. 39,5. L. 14 D. de precar. 43,26.]

*) Die eximirte Behandlung der im Tit. Dig. de extr. cogn. 50,13 erwähnten Personen wird in Weiske's Rechtslexikon Bd. VII S. 804 darauf gestützt, daß die Dienste der letzteren „eine besondere persönliche Zuneigung Seitens des Dienstleistenden voraussetzten.“ Dies ist nur bedingt richtig. Vgl. unten.

Digitized by Google

T. wird der Vertrag mit einem Arzte jedenfalls sowohl im

Diese Auffassung des Mandats als eines Freundschaftsdienstes darf nicht als speziell römisch betrachtet werden, sondern sie findet in solchem Grade ihre Basis in der Unentgeltlichkeit des Vertrages, daß man auch für die heutige Zeit mit Grund behaupten darf: wo Jemand für einen Anderen unentgeltlich ein Geschäft besorgt, da liegt ein Freundschaftsdienst — und zwar zugleich ein mit allen rechtlichen Wirkungen versehenes Mandat, falls der Vertrag bindend abgeschlossen war — vor. Beide Momente aber fehlen dem Vertrage mit einem Arzte: ein solcher Kontrakt ist weder unentgeltlich noch als Freundschaftsdienst aufzufassen. Auch die Römer haben den Vertrag mit Aerzten — zum Mindesten denjenigen mit Aerzten der unten S. 59 ff. erörterten niederen Klasse — nie als Freundschaftsvertrag (die ärztlichen Dienstleistungen nie als Freundschaftsdienste) betrachtet.

Cfr. Seneca, lib. VI. de beneficiis: „Medicus me non tamquam amicum vidit, sed tamquam imperatorem."

Vgl. Weber, Lehre von der natürl. Verbindlichkeit 1795 S. 50 ff. Not. 3.

Wenn man hiermit noch den Umstand zusammenhält, daß die Aerzte z. B. im Tit. Dig. mandati nirgends erwähnt werden — cfr. L. 7 § ult. D. ad leg. Aq. 9,2: „ex locato" — so bleibt für die Annahme des Mandats in unserem Falle selbst nach reinem römischen Recht — welches doch für die höhere Klasse der Aerzte ohne allzu große Schwierigkeit (vgl. jedoch weiterhin) das Mandat hätte verwerthen können — wenig Raum mehr. Auch die besonderen Eigenthümlichkeiten des Mandats als eines auf die Besorgung fremder Geschäfte gerichteten Vertrages

[Dahin gehört z. B. die Pflicht des Mandatars, das bei Ausführung des Auftrages Errungene dem Mandanten zu restituiren — L. 8 § 9 § ult. L. 10 pr. § 2. 3. 8. 9. L. 20 pr. D. h. t. 17,1 — und über die Ausführung des Mandats Rechnung zu legen — L. 46 § 4 D. de proc. 3,3. L. 10 § 9. 10 cfr. L. 44 D. h. t. 17,1 —, sowie die Pflicht des Mandanten, dem Mandatar die Auslagen zu erstatten (L. 10 § 9 — cfr. L. 12 § 9 — L. 27 § 4 L. 56 § 4 D. h. t. 17,1. L. 1. 4 Cod. eod. 4,35) und denselben von den anläßlich des Auftrages übernommenen Ver-

Digitized by Google

Volke als von der herrschenden Doktrin[47]) und von der Praxis (vgl. unten S. 98 f.) als ein seinem eigentlichsten Wesen nach entgeltlicher[48]) Vertrag aufgefaßt. Der Gesichtspunkt des Mandats trifft demnach für den Vertrag zwischen dem Arzte und seinem Patienten nicht zu.

IV.

Der Vertrag zwischen Arzt und Patienten ist — wie aus allem Vorhergehenden in nuce schon zu erkennen war — aufzufassen als Dienstmiethe, oder mindestens als ein der Dienstmiethe analoges und deshalb nach den Grundsätzen derselben zu beurtheilendes Geschäft. Aus dem römischen Recht läßt sich dies freilich nur auf Umwegen begründen und es werden eigenthümliche einer speciellen Berücksichtigung der besonderen, im Rom obwaltenden Verhältnisse als Grundlage bedürfende Untersuchungen erforderlich sein, um bezüglich der Streitfrage, wie das römische Recht das Rechtsverhältniß zwischen Arzt und Patienten aufgefaßt hat, zu einem befriedigenden, positiven

---

bindlichkeiten zu befreien — L. 45 cfr. L. 38 § 1 D. h. t. 17,1 —.]

würden zu dem Vertrage zwischen Arzt und Patienten sehr wenig passen. — [Dagegen ist die Bemerkung Zimmermann's a. a. O. S. 226, daß das Rechtsgeschäft zwischen Arzt und Patienten deshalb nicht Mandat sei, weil der Arzt nicht willkürlich die Behandlung des Kranken aufgeben könne, unbegründet, denn auch der Mandatar kann re non jam integra und zur Unzeit nicht mehr zurücktreten (§ 11 Inst. h. t. 3,16. L. 5 § 1 L. 22 § ult. L. 23—25 L. 27 § 2 D. h. t. 17,1. Paul. Sent. II. 15 § 1. Gaj. III. 159).]

[47]) Vgl. Windscheid § 404 und andererseits noch v. Wenning-Ingenheim a. a. O. S. 191, welcher letztere meint, es sei „beim Arzte . . . eine freie, ohne Bedingung eines Lohnes erfolgte Uebernahme eines . . . Geschäftes vorfanden."

[48]) Obgleich wohl selten die merces ausdrücklich verabredet wird (das zum Begriffe der merces constituta hier etwa noch erforderliche medium liegt in der Taxe).

Digitized by Google

Resultat zu gelangen. Hiernach wird die fernere Untersuchung naturgemäß in zwei Theile zerfallen, deren erster die besonderen Grundsätze des römischen Rechts erörtern wird, während der zweite die aus jenen Grundsätzen für das heutige Recht sich ergebenden Konsequenzen ziehen soll.

A. Römisches Recht.

Die Aerzte — scheinbar alle — werden mit Bezug auf Miethe erwähnt von Ulpian in L. 7 §. ult. D. ad leg. Aqu. 9, 2 (einer wichtigen Stelle):

„Proculus ait, si medicus servum imperite secuerit[49]), vel ex locato vel ex lege Aquilia competere actionem."

Ulpian will hier — in einem Falle, der zugleich für die actio legis Aquiliae sich qualifizirt, da in ihm mit dem Moment des nicht erfüllten Vertrages dasjenige des damnum injuria datum zusammenfällt — jedenfalls eine Miethklage geben[50]). Es kommt nur noch darauf an, was für eine Miethklage er ertheilen will. Da von dieser Frage die locatio conductio rerum aus selbstverständlichen Gründen ausgeschlossen bleibt[50a], so handelt es sich nur noch

[49]) Id est: si medicus obligationem consensu contractam recte non solverit. Andererseits (gemäß (L. 6 § 7 D. de off. praes. 1,18) si servi dominum in periculo deceperit.

[50]) Zu vergl. ist hier L. 38 § 1 D. loc. cond. 19,2. Hier wendet Paulus auf die Advokaten den Gesichtspunkt der Dienstmiethe an. Dem widerspricht nicht das Wort „honoraria".

[50a]) Es ist nicht anzunehmen, daß Ulpian in L. 7 § ult. cit. einen medicus servus, der von seinem Dominus als Arzt vermiethet worden ist und dessen Handlungen lediglich den dominus als locator (Sachmiethe) verpflichten, vor Augen hat. Er würde sonst jedenfalls ausdrücklich erwähnen, daß die beiden Klagen gegen den Herrn gehen sollten, wenn auf dessen Seite die erforderliche Schuld — z. B. culpa in eligendo — vorläge. Vergl. Not. 54.

Digitized by Google

um die locatio conductio operis und um die loc. cond. operarum. Auf die erstere geht eigenthümlicher Weise nach strikter Interpretation der Ausspruch Ulpian's: „ex locato . . . . . competere actionem“. Die actio locati kann in Wirklichkeit gegen den Arzt wegen mangelnder Kontraktserfüllung nur zulässig sein, wenn man den zu Grunde liegenden Vertrag als eine loc. cond. operis auffaßt, denn nur in diesem Falle ist der Arzt conductor oder redemtor operis und der Andere — hier der Kläger, der Verletzte — locator.

L. 13 §. 5. 10. L. 24 pr. L. 48 pr. L. 51 §. 1. L. 60 §. 2. 4 D. loc. cond. 19,2.

Cfr. L. 9 §. 5 L. 13 §. 1—6 L. 25 §. 7. 8. D. eod.

L. 1 pr. D. de aestim. 19,3.

L. 38 §. 21 §. ult. D. de V. O. 45,1.

L. 2 et 14 Cod. de loc. et cond. 4,65.

Dagegen bei der Auffassung des Vertrages als einer locatio conductio operarum würde man dem Verletzten gegen den Arzt eine actio conducti ertheilen müssen, denn in diesem Falle ist der Arzt locator — operarum — und der Andere (der Kläger) conductor.

L. 19 §. 9 D. h. t. 19,2: „Quum quidam exceptor operas suas locasset, deinde is, qui eas conduxerat, decessisset“ rel.

§. 1 i. f. Inst. h. t. 3,24: „Et competit locatori quidem locati actio, conductori vero conducti.“

Cfr. §. 5 Inst. eod.

L. 15 pr. D. h. t. 19,2: „Ex conducti actio conductori datur.“

L. 1 pr. D. de aestim. 19,3: „. . . an ex conducto, quasi operas conduxissem“ . . . . .[51])

[51]) Der operis conductor ist übrigens zugleich der operarum locator, L. 22 § 2 D. loc. cond. 19,2: „Quum insulam

Digitized by Google

Was ist nun von Ulpian's „ex locato . . . competere actionem“ zu halten? Sollen wir hier nach strikter Interpretation annehmen, daß dem Patienten (bezw. dem Herrn des kranken Sklaven) gegen den Arzt eine actio locati zustehe, daß also der zu Grunde liegende Vertrag eine locatio conductio operis sei? — Wir würden uns hierdurch in direkten Widerspruch setzen 1) mit den Quellen des römischen Rechts.

Cfr. L. 9 c. f. Cod. de prof. et med. 10,52: „Quos“ — nämlich archiatros, die kaiserlichen Leibärzte — „etiam ea patimur accipere, quae sani offerunt pro obsequiis, non ea, quae periclitantes pro salute promittunt.“

L. 3 D. de extr. cogn. 50,13.

L. 6 §. 7 D. de off. praes. 1,18: „. . . medico imputari eventus mortalitatis non debet . . . .“, verglichen mit L. 51 §. 1 L. ult. D. loc. cond. 19,2.

Die angeführten Fragmente geben uns über den hier fraglichen Punkt freilich nur andeutungsweise [52]), aber doch in genügendem Maße Aufschluß.

---

aedificandam loco, ut . . . conductor omnia faciat, locatio est; locat enim artifex operam suam.“ Die Begriffe der locatio conductio operis und operarum werden bei den Römern oft nicht allzu scharf unterschieden. Insbesondere wird manches als loc. cond. operis behandelt, was unter Umständen auch loc. cond. operarum sein kann. Cfr. L. 13 § 6 D. h. t. 19,2.

[52]) Weil die Quellen die locatio conductio operarum überhaupt mit außerordentlicher Stiefmütterlichkeit behandeln.

[Reichhaltiger ist schon die locatio conductio operis — L. 2 § 1. L. 9 § 5. L. 11 § 3. L 13 § 1—6. 10. L. 19 § 7. L. 12 § 1. 2. L 24 § 4. L. 25 § 7. 8. L. 26. L. 48 pr. L. 51 § 1. L. 58 § 1. L. 59 L. ult. D. loc. cond. 19,2. § 4 Inst. h. t. 3,24. L. 2. 14 Cod. eod. 4,65 — in den Quellen behandelt worden und die meiste Rücksicht wird natürlich auf die loc. cond. rerum genommen.]

Digitized by Google

Wir würden uns ferner durch die Auffassung des Vertrages mit Aerzten als einer locatio conductio operis in Widerspruch setzen 2) mit der herrschenden Meinung der heutigen Juristen.

Vgl. Windscheid §. 404 Not. 8:

„Dem Advokaten wird ein Lohn versprochen .... für die Führung des Prozesses, dem Arzte nicht für die Heilung, sondern für die Behandlung des Kranken ....“

Cfr. Seuff. Arch. XXXI. 234.

Wir dürfen demnach gestützt auf die citirten Fragmente und auf die auch h. z. T. herrschende Ansicht, konstatiren, daß der Vertrag mit einem Arzte als locatio conductio operarum — und nicht als loc. cond. operis — aufzufassen sei, dürfen also das „ex locato .... competere actionem“ des Ulpian in L. 7 §. ult. cit. 9,2 nicht strikt interpretiren, sondern müssen nach andern Auslegungen desselben suchen [53]), welche sich vereinigen lassen mit der Auffassung des genannten Vertrages als eines gewöhnlichen

Dies erklärt sich leicht aus der geringen Bedeutung, welche die Dienstmiethe im alten Rom hatte, da ein freier oder vielmehr frei, geborner Römer seine operae überhaupt nicht zu vermiethen pflegte — die redemtio operis wurde schon als etwas Höheres angesehen — und da die vom Herrn vermietheten operae servi nicht sowohl unter den Gesichtspunkt der Dienstmiethe, als vielmehr unter denjenigen der Sachmiethe gestellt wurden. Die häufigsten Fälle der loc. cond. operarum waren die Vermiethungen der operae liberti durch den Patron oder durch den Freigelassenen selbst. L. 25 D. de op. lib. 38,1. Die operae libertorum spielten eine wichtige Rolle in der Volkswirthschaft und im Rechtssystem der Römer.

53) Und zwar selbständig, da die juristische Litteratur, soweit sie mir zugänglich war, die auffallende Erscheinung des „ex locato“ in L. 7 § ult. cit. nicht einmal einer ausdrücklichen Erwähnung, geschweige denn einer Prüfung und Erklärung für werth gehalten hat.

Digitized by Google

Dienstmiethkontrakts. Denkbar sind hier vier Auslegungen [54]):

a. Möglicherweise hat Ulpian mit Bewußtsein und Absicht „ex locato" ꝛc. geschrieben, weil er hier zufällig an eine wirkliche locatio conductio operis, nämlich an die Verdingung einer Operation oder eines Aderlasses — „si medicus servum imperite secuerit" — gedacht hat (bezw. weil der von ihm allegirte Proculus diesen Fall vor Augen gehabt hat). — Dieser erste Erklärungsversuch ist jedoch zweifellos der schwächste. Man würde hier der Stelle sogar noch — um zu dem Begriff der locatio conductio operis für den hier gemeinten Fall zu gelangen — supponiren müssen, daß vor der Operation der medicus sich (vielleicht stillschweigend) verpflichtet habe, diese richtig auszuführen (daß er demnach die Garantie für ihre Folgen übernommen habe). — Es darf zu dieser ersten Konjektur noch Folgendes bemerkt werden: Wenn Ulpian wirklich, und zwar unter der Voraussetzung, daß der medicus das servum bene secare, beziehungsweise die Haftung für die nachtheiligen Folgen des secare übernommen habe, das hier zu Grunde liegende Geschäft als eine Werkverdingung betrachtet hat (und deshalb die actio „ex locato" ertheilt), so kann diese Thatsache nichtsdestoweniger für die Auffassung des Vertrages zwischen Arzt und Patienten im Allge-

[54]) Natürlich sind diese nicht von gleicher Qualität (sie sollen in der für sie beobachteten Reihenfolge eine climax ascendens a pejore ac minore ad majus meliusque darstellen). — Nicht am Platze würde hier sein die bereits in Note [50a] auf S. 45 (vgl. noch L. 8 pr. ad leg. Aqu. cum L. 27 § 9. L. 44 § 1. L. 45 pr. D. eod. 9,2) verworfene Konjektur, daß Ulpian in L. 7 § ult. cit. an die Vermiethung von operae servi medici gedacht habe. Durch eine solche Hypothese würde gerade das „ex locato" nicht erklärt: denn auch bei Sachmiethe müßte es heißen „ex conducto", da auch hier der Verletzte conductor sein würde.

Digitized by Google

gemeinen doch nicht in Betracht kommen. Man würde unter solchen Umständen — ohne dies freilich nicht weniger — allerdings einen Kontrakt, durch welchen der Arzt sich zur Uebernahme einer (gefährlichen) Operation und zum Einstehen für die etwaigen schädlichen Folgen der letzteren verpflichtete, als locatio conductio operis betrachten dürfen. Aber ein solcher Vertrag wird in praxi zu den größten Seltenheiten gehören (auch darin liegt ein Grund für die Schwäche jener Konjektur); wir würden also immerhin noch die gewöhnliche — man darf vielleicht sagen, die h. z. T. allein gebräuchliche — Form des Vertrages mit einem Arzte (auch bei Operationen und ähnlichen, einen bestimmten Erfolg bezweckenden Diensten) unter die „juristische Kategorie" der loc. cond. operarum stellen müssen.

b. Es läßt sich ferner vielleicht denken, daß Ulpian hier lediglich einen lapsus linguae begangen (oder wohl nur sich verschrieben) hat oder aber auch, daß er ursprünglich richtig „ex conducto .... competere" geschrieben hat, daß jedoch später entweder die Kompilatoren oder irgend ein juristisch nicht genügend durchgebildeter Abschreiber sich einen unmotivirten Verbesserungsversuch — „ex locato" rel. — erlaubt haben. Auch diese Konjektur möchte ich jedoch nicht als die stärkste bezeichnen.

c. Möglich ist es dagegen, daß Ulpian zwar mit Bewußtsein „ex locato" ꝛc. geschrieben hat, daß er jedoch hiemit nicht hat andeuten wollen, der zu Grunde liegende Vertrag sei eine loc. cond. operis, sondern daß er jenem unbekümmerten Sprachgebrauch der römischen Juristen gefolgt ist, welcher sich z. B. bezüglich des Ausdrucks conducere im Allgemeinen in L. 4 §. 1 i. f. D. fin. reg. 10,1 findet und auf welchem u. a. die Verwechselung der Ausdrücke „ex locato" und „ex conducto" in L. 2 pr. (et circ. fin.) D. de lege Rhodia 14,2 (Paulus):

Digitized by Google

„. . . ex locato cum magistro navis agere debent . . . . Jmo etsi retineat merces magister, ultro ex locato habiturus est actionem cum vectoribus“ . . . .

(Cfr. L. ult. D. eod.: „Si vehenda mancipia conduxisti“ etc.)

beruhen soll (?) nach Glück, Erl. der Pand. XVII., S. 268. Zu vergleichen sind vor Allem

L. 19 et 20 D. de A. E. V. 19,1, sowie die noch von Windscheid §. 399 Not. 3 angef. Stellen.

d. Wahrscheinlich will Ulpian mit dem ex locato . . . competere actionem“ nichts weiter sagen als: es findet eine actio ex locatione conductione, eine Miethklage statt. So sagt z. B. derselbe Jurist ähnlich in L. 5 §. 2 D. commod. 13,6: „in locato“ für „in locatione conductione“, und in L. 23 D. de R. 7. 50,17: „locatum“ für locatio conductio. [Denkbar ist es zudem, daß Ulpian ursprünglich „ex locatione conductione . . . competere actionem“ geschrieben hat und daß entweder die Kompilatoren oder irgend ein Abschreiber der Handschriften sich die Abkürzung „ex locato . . . . competere“ erlaubt haben.] Die ad **c** und **d** gegebenen Erklärungsversuche stehen zu einander in naher Beziehung — sie unterscheiden sich dadurch, daß der erste dem „ex locato“ die Bedeutung der conducti actio und der zweite diejenige der Miethklage schlechthin unterlegen will —, der letztere scheint jedoch der einfachere und natürlichere zu sein.

Welche dieser drei [55]) Erklärungen des „ex locato“ rel. (und ob [55]) überhaupt eine derselben) die wirklich richtige

[55]) Als ausgeschlossen darf hier die ad **a.** gegebene Erklärung betrachtet werden, nach welcher Ulpian die loc. cond. operis wirklich gemeint haben soll und welche, wie bereits bemerkt, die weitaus am wenigsten glaubhafte ist.

Digitized by Google

sei, darf nunmehr dahingestellt bleiben. Auf dem Felde der Hypothesen sich für Eine bestimmte Behauptung zu entscheiden, ist gefährlich [56]) und unter allen Umständen unnöthig.[56]) Alle die ad b.—d. aufgeführten Hypothesen dienen dem tendenziösen Zwecke, die Annahme einer Klage aus Dienstmiethe im Falle der L. 7 § ult. cit. trotz des „ex locato" wahrscheinlich zu machen (— zu begründen). Alle drei — sie mögen innerlich begründet sein, wie stark oder wie schwach sie wollen — erreichen für den Fall ihrer Richtigkeit diesen Zweck in durchaus gleichem Maße. Für unseren Zweck ist also die Frage irrelevant, welche einzelne jener drei Hypothesen die richtige sei oder ob wir vielleicht alle drei in ihrer Gesammtheit als richtig anerkennen müssen (das letztere würde freilich jeglicher Logik entbehren, da jene sich gegenseitig ausschließen; der Zweck würde jedoch allenfalls auch so erreicht). — Es genügt schließlich zu behaupten:

1) Wenn keine jener drei Hypothesen die richtige wäre, so würde man immer noch auf Grund der S. 47 oben zitirten Stellen annehmen dürfen, Ulpian habe in L. 7 § ult. cit. eine Klage aus Dienstmiethe ertheilen wollen (es würde dann eben eine vierte bezw. fünfte Hypothese erforderlich sein und als richtig anerkannt werden müssen).

2) Eine jener Hypothesen muß jedoch m. E. die richtige sein und diese als richtig anerkannte — man mag

[56]) Julian L. 20 D. de legibus 1,3:
„non omnium, quae a majoribus constituta sunt, ratio reddi potest.
Neratius L. 21 D. eod.:
„Et ideo rationes eorum, quae constituuntur, inquiri non oportet, alioquin multa ex his quae certa sunt, subvertuntur."
Cfr. L. 202 D. de R. I. 50,17 (Javolenus) [und zu dieser Stelle vergl. noch Gesterding, Ausb. v. Nachforsch. Bd. I. 1826. S. 235 ff.]

Digitized by Google

hier wählen, welche man will — genügt in Verbindung mit den S. 47 oben zit. Stellen vollständig, um die Annahme einer Dienstmiethklage im Falle der L. 7 § ult. cit. zu begründen.

Das im Vorstehenden ermittelte Resultat, daß die Römer auf das Verhältniß zwischen dem Arzt und seinem Patienten (bezw. dem dominus des letzteren) unter Umständen den Gesichtspunkt der Dienstmiethe [57]) angewendet haben, wird nicht, wie Zimmermann a. a. O. S. 223 glaubt, dadurch alterirt, daß angeblich Pomponius — lib. 21 ad Sabinum — die Miethklage gegen den Arzt verweigert („non ex locato [58]), sed in factum actio dabitur"). Denn 1. ist oben S. 20 ff. bereits nachgewiesen worden, daß die fragliche Stelle — Basilic. lib. XX tit IV. fr. 27 — a) nicht von Pompon sein kann, b) jedenfalls nicht rezipirt ist — während z. B. die Rezeption der L. 7 § ult. cit. 9,2 keinem Zweifel unterliegen kann — und c) als Basilikenstelle nur geringen juristischen Werth hat; außerdem 2. würde die angeblich von Pomponius herrührende Stelle, selbst wenn sie von diesem Juristen verfaßt und selbst wenn sie a) von Justinian's Kompilatoren und b) später in Deutschland wirklich rezipirt worden

[57]) Dienstmiethe und Werkverdingung weichen, was die Haftung des locator operarum und andererseits des redemtor operis, sowie insbesondere den Beweis anbelangt, praktisch ganz außerordentlich von einander ab (theoretisch weniger: aus beiden Kontrakten wird z. B. für omnis culpa gehaftet).

Insbesondere für den Fall, daß Jemand einen Arzt aus dessen Kunstfehlern auf Schadensersatz verklagt, wird stets die Alternative, ob es sich handelt um bloße omissio diligentiae in operis praestandis oder um das Nichtgelingen eines übernommenen opus, für die Beweisfrage von entscheidendem Gewicht sein.

[58]) Auch hier findet sich das auffällige „ex locato", mit dessen Erklärung, soweit sie nicht bereits aus dem S. 46—53 Gesagten hervorgeht, wir uns nicht weiter aufzuhalten brauchen.

Digitized by Google

wäre, doch ihre Kraft dadurch verlieren, daß die Meinung Ulpians[59]) als des jüngeren[60]) und weitaus bedeutenderen und angeseheneren[61]) Juristen derjenigen des erheblich älteren[60]) — noch mitten in dem Schulstreit der Sabinianer wider die Prokulejaner befangenen — Pomponius vorgehen muß.

Einigermaßen zutreffend ist die weitere Argumentation Zimmermann's a. a. O. S. 224,

daß „sich damit" — nämlich mit der Auffassung des Verhältnisses zwischen Arzt und Patienten als Miethe — „auch nicht vereinigen" lasse, „was Ulpian an anderen Stellen über die Aerzte" äußere, indem er sie in L. 1 § 1 D. de extr. cogn. 50,13 „noch über die Lehrer der freien Studien" stelle und erkläre, „daß denselben . . . wegen ihrer Belohnung extra ordinem Rechtshülfe gewährt werden müsse." Zimmermann schließt: „Dieß würde nicht nothwendig gewesen sein, wenn denselben schon allgemein eine Klage aus dem Miethsverhältnisse zugestanden hätte". — Wirklich ist einzuräumen, daß Zimmermann hier theilweise Recht hat, nämlich ganz Recht, indem er die rechtliche Verschiedenheit zwischen dem in L. 7 § ult. cit. 9,2 und in L. 1 § 1 cit. 50,13 Gesagten fühlte, und doch nur zu einem kleinen Theile Recht, weil er auch hier nicht den zur Erklärung jener rechtlichen Verschiedenheit dienenden Gesichtspunkt ermittelt hat (und daher auf Grund irriger Auslegungen und mit Verwerthung unzutreffender Gesichtspunkte

---

[59]) Daß Ulpian in L. 7 § ult. cit. eine Miethklage (schlechthin) geben will, unterliegt ja keinem Zweifel.

[60]) Pompon lebte unter Antonius Pius und den Divi fratres, Ulpian unter Septim. Severus, Caracalla und (starb unter) Alexander (222—235 p. Chr.)

[61]) Bekanntlich stammt etwa der dritte Theil der Digestenfragmente von Ulpian.

Digitized by Google

zu unrichtigen Resultaten gelangt). — Die Sache verhält sich nun m. E. folgendermaßen. [62])

Die Römer unterschieden zwischen solchen Aerzten, [63]) deren operae als locari solitae galten und bei denen daher zugleich ein merces im eigentlichen und technischen Sinne — auch wenn sie nicht certo nummo ausgemacht war — als üblich und billig betrachtet wurde, und andererseits zwischen solchen medici, deren operae als liberales im engsten Sinne (vgl. unten), als locari non solitae angesehen wurden und bei denen daher die merces im technischen Sinne für nicht angemessen galt. [63]) Von der ersteren Klasse der Aerzte reden — wie sich unten zeigen wird — außer Ulpian in L. 7 ult. cit. 9,2 noch einige Juristen im Tit. Dig. 38,1 (und an anderen Stellen), von der letzteren ist vorwiegend im Tit. Dig. de extr. cogn. 50,13 [64]) — und in einigen Konstitutionen des Ko-

[62]) Die Frage, wie im römischen Recht das Verhältniß zwischen Arzt und Patienten sich juristisch gestaltete, bildet einen wunden Punkt unserer gesammten Literatur.

Vgl. z. E. Windscheid § 404, Note 3. 4. Zimmermann a. a. O. S. 223—224. Weber, von der natürl. Verbindlichkeit. 1795. § 13—18.

Im Folgenden soll versucht werden, ob nicht in diese Frage „un poco piu di luce" zu bringen sei. Lebhaft muß ich hierbei bedauern, daß mir nicht zugänglich gewesen sind die von Zimmermann a. a. O. S. 223 Not. 1 angef. „älteren Schriften: C. F. Elsner, Ueber die Verhältnisse zwischen dem Arzte, dem Kranken und dessen Angehörigen. Königsberg 1794. C. Goßler, Ueber das Rechtsverhältniß zwischen einem Kranken und seinem Arzte. Berlin 1814." Mindestens würde ihre Lektüre vermuthlich zu neuen Gedanken Anregung gegeben haben.

[63]) Das hier und im Folgenden über die Aerzte Gesagte gilt arg. L. 38 § 1 D. loc. cond. 19,2 et L. 8 § 1. 2 D. mand. 17,1 im Allgem. analog auch für Advokaten, sowie für andere Berufsklassen, auf welche die Römer unter besonderen Umständen den Gesichtspunkt der Dienstmiethe anwendeten. Vgl. Not. 109 u. 115.

[64]) Cfr. L. 6 § 7 D. de off. praes. 1,18.

Digitized by Google

der? vgl. weiterhin — die Rede. Die tiefgreifende Zweitheilung des ärztlichen Standes in zwei Klassen, deren erstere aus locatores operarum artifices, letztere aus homines studiorum liberalium periti bestehend gedacht wurde, beruhte einerseits auf der schon erwähnten Sitte freier Römer, ihre Dienste für Geld nicht zu vermiethen, und andererseits auf der strikten römischen Rechtsvorschrift, daß 1. nur operae locari solitae Gegenstand der Dienstmiethe sein können und 2. die Miethe erst dann perfekt sei, si merces constituta sit.

1. Gegenstand der Dienstmiethe müssen operae locari solitae sein.

L. 5 § 2 D. praescr. verb. 19,5 (Paulus): „ . . . si tale sit factum, quod locari solet, . . . locatio est.“ Bei der kümmerlichen Behandlung der Dienstmiethe im römischen Recht findet sich nur diese eine Stelle als Beleg unserer Behauptung.

Hierhin gehörten die Dienste von Handwerkern, Tagelöhnern, Künstlern

[L. 5 § 2 cit.: „puta ut tabulam pingas.“ — L. 1 § 7 D. de extr. cogn. 50,13. [65])]

und schlechthin die Dienste sämmtlicher Freigelassenen (mochten diese Dienste Gelehrsamkeit voraussetzen oder nicht). Nicht jedoch gehörten hierher die Dienste der freigeborenen Gelehrten (solche Dienste setzten nach Ansicht römischer Juristen eine freie, wissenschaftliche Vorbildung voraus). Die Römer haben bei Aufstellung der Kategorie und des Begriffes der operae locari solitae kein festes Princip beobachtet, sondern sie sind den ihrer Zeit durch römische Sitten, römische Lebens- und Anschau-

[65]) „Sed ceterarum artium opificibus sive artificibus, quae sunt extra literas vel notas positae, nequaquam extra ordinem jus dicere Praeses debebit.“ Ulpian l. c.

Digitized by Google

ungsweise gebotenen Verhältnissen einfach gefolgt, so daß sich die operae locari solitae lediglich definiren lassen als operae, quae apud Romanos locari solebant (dazu gehörten aber jedenfalls die operae medicorum libertorum seu humiliorum). [66]) — Als Beispiel eines factum locari non solitum erwähnen die Quellen (L. 5 § 2 cit.) ausdrücklich nur die Manumission eines Sklaven; (vergl. noch L. 5 pr. D. de cond. causa data c. n. s. 12,4: „Si pecuniam ideo acceperis, ut Capuam eas"); im Uebrigen sind wir angewiesen auf Interpretation (insbes. des Tit. Dig. 50,13).

2. Ein Miethkontrakt wird nur da angenommen, wo von einer merces constituta — merces certa — im eigentlichen Sinne die Rede sein kann.

Gaj. III. 142: „ . . . nisi enim merces certa statuta sit, non videtur locatio et conductio contrahi."

Cfr. Gaj. III. 143. 144.

Idem III. 147 i. f.: „ . . . mercede pro opera constituta, convenit locationem conductionem contrahi."

Princ. Inst. de loc. et cond. 3,24: „ . . . ut emtio et venditio ita contrahitur, si de pretio convenerirt; sic et locatio et conductio ita contrahi intelligitur, si merces constituta sit."

Cfr. § 1 Inst. eod.

§ 1 Inst. de emt. et vend. 3,23: „Pretium autem constitui oportet . . . et certum pretium esse debet. — . . , Quod jus . . . non est absurdum et in locationibus et conductionibus trahere."

L. 2 pr. i. f. D. h. t. 19,2: „ . . . locatio et conductio contrahi videtur, si de mercede convenerit."

---

[66]) Vgl. unten S. 59 ff.

Digitized by Google

Cfr. L. 20 § 1 L. 46 D. eod. L. 52 pr. D. de don. inter vir. et ux. 24,1. L. 10 § 2 D. de A. vel A. P. 41,2.

L. 5 § 2 D. de praescr. verb. 19,5: „ . . . pecunia data locatio erit."

L. 22 D. eod.: „si vero mercede data aut constituta locationis conductionisque negotium geritur."

M. 1 § 9 D. depos. 16,3: „ . . . si quidem merces intervenit, . . . puto esse actionem . . . ex conducto" rel.

L. 1 § 4 D. mand. 17,1: „ . . . interveniente enim pecunia res ad locationem et conductionem potius perspicit."

Von diesen Stellen deuten mehrere auf den Kauf und bestimmen: So wie beim Kauf über Sache und Preis, so müssen bei der Dienstmiethe die Kontrahenten über operae und merces einig sein. Es kommt hier der allgemeine Satz in Anwendung: „Locatio et conductio proxima est emtioni et venditioni, iisdemque juris regulis consistunt."

Princ. Inst. h. t. 3,24.

L. 2 pr. D. h. t. 19,2.

Verlangt wird eine merces certa.[67])

---

[67]) Vgl. Dankwardt in den Jahrbb. f. Dogm. Bd. XIII. S. 321 f. — Die merces certa der Römer darf heutzutage als — richterlich — bestimmbare Belohnung aufgefaßt werden [welche stets vorliegt, wenn anzunehmen ist, daß Parteien über die Zahlung einer angemessenen Belohnung einig gewesen sind (was sich aus den Umständen leicht abnehmen läßt)]. — Auch bei den nicht aus Dienstmiethe, sondern für an sich unentgeltliche Dienstleistungen geltend gemachten Honorarforderungen — extraordinaria cognitio — genügte arg. L. 56 § 3 D. mand. 17,1 L. 17 Cod. eod. 4,35 nicht eine bloße „incerta pollicitatio", sondern das Honorar mußte

Digitized by Google

Cfr. Theophili paraphr. Inst. III. 24 princ.:

„Ὥσπερ γὰρ ἡ πρᾶσις τότε συνίσταται, ἡνίκα τὸ τίμημα ἑκατέρῳ μέρει ἀρέσει, οὕτω καὶ ἡ μίσθωσις συνίστασθαι νοεῖται, εἰ τὸ μίσθωμα τοῖς μέρεσιν ἤρεσε. Καὶ ὥσπερ εἰρήκαμεν ἐκεῖ, κέρτον καὶ ἐνἀργυρίῳ ὀφείλειν εἶναι τὸ τίμημα, οὕτω καὶ τὸ μίσθωμα κέρτον καὶ ἐν ἀργυρίῳ ἔιναι δεῖ."

[Quonam modo emtio perfecta est, ubi de pretio inter utrumque convenit, eodem quoque modo conductio constare videtur, ubi merces utrique parti placuit. Ac sicut illic diximus certum et pecuniarium debere pretium esse, ita mercedem quoque certam esse ac pecunia consistere oportet.]

Die Kontrahenten pflegten sich jedoch nach römischer Anschauung über eine merces nicht zu vereinigen bei den operae gelehrter, freigeborener Römer. In solchem Falle lag weder merces constituta noch merces certa vor, es mußte daher Hülfe geschafft werden durch die extraordinaria cognitio (vgl. Not. 67 geg. Ende). — Wir haben das bisher im Allgemeinen Dargestellte nunmehr im Einzelnen zu begründen.

A. Diejenigen römischen Aerzte, deren operae als locari solitae angesehen wurden und bei denen man daher eine merces constituta annahm — mochte diese nun aus-

---

ausdrücklich versprochen sein (während bei Dienstmiethe die certitudo der merces auch durch Gesetz oder Gewohnheitsrecht gebildet werden konnte). Vgl. oben S. 38 ff. Lag keine — auf Verabredung, Gesetz oder Gewohnheitsrecht beruhende — certa merces vor, sondern war der Vertrag dahin abgeschlossen, „ut postea tantum mercedis nomine daretur, quantum . . . statutum sit", so konnte eine actio praescriptis verbis stattfinden. L. 22 D. de praescr. verb. (19,5). Fehlte dem Vertrage selbst diese Bestimmung, so fand extraordinaria cognitio statt. Vgl. unten.

Digitized by Google

drücklich oder stillschweigend vereinbart sein, — gehörten dem Stande der Freigelassenen — libertini [68]) — an und betrieben die Ausübung der ärztlichen Kunst entweder selbständig oder unter der Aegide ihres Patrons, welcher letzterenfalls als der locator operarum — liberti — galt. [69]) Ursprünglich befaßten sich, wie

Zimmermann a. a. O. S. 223 und Note 3 mit Recht bemerkt [70]), wohl „hauptsächlich" — „außer Ausländern" — „nur Freigelassene und Sklaven" [71]) mit Ausübung der Arzneikunde. [72]) Die Sklaven [73]) arbeiteten und praktizirten natürlich im Interesse und auf Gefahr

---

[68]) Libertini hießen sie als Stand, dagegen im Verhältniß zum Patron gewöhnlich liberti.

[69]) L. 25 D. de oper. lib. 38,1.

[70]) Ohne doch hieraus die mir konsequent erscheinenden Schlüsse zu ziehen und zu konstatiren, daß die Römer zwei Gattungen von Aerzten unterschieden und für jede derselben besondere Rechtsvorschriften gegeben haben.

[71]) Cfr. L. 3 pr. Cod. comm. de leg. et fideic. 6,43: „. . . servis . ., si sine arte sint, viginti solidis aestimandis . ., sin autem artifices sint, usque ad triginta solidos . . ., medicos autem et obstetrices sexaginta." L. 1 § 5 Cod. de comm. servo manum. 7,7: „. . . sancimus, servi pretium sive ancillae, si nulla arte sunt imbuti, viginti solidis taxari, . . . sin autem aliqua arte praediti sind, . . . usque ad traginta solidos, . . . medicus . . . usque ad sexaginta taxetur." [Der außerdem von Weber, natürl. Verbindlichkeit, 1795, S. 53 Not. 2 hierzu noch angeführte „Medicus romanus servus LX. solidis aestimatns" war mir nicht zugänglich.]

[72]) Eadem vero „et in ceteris artificibus dici possunt." [L. 25 § 2 i. f. D. de oper. lib. 38,1.]

[73]) Diese kommen nach dem in Not. [50a] [cfr. Not. 54 geg. Ende] bereits Bemerkten hier und im Weiteren nicht in Betracht. Zudem sind sie, da sie ex contractu sowohl wie ex delicto (privato) lediglich den Herrn verpflichten — L. 41 D. de pecul. 15,1, L. 22 pr. L. 107 D. de R. I. 50,17 —, juristisch überall ziemlich irrelevant.

Digitized by Google

ihres Herrn (letzteres, soweit aus ihren Fehlern civilrechtliche Ansprüche hervorgingen). Cfr.

L. 25 § 2 D. de oper. lib. 38,1.

(L. 27 § 9 D. ad leg. Aq. 9,2).

Freigelassene dagegen durften die Ausübung dieser Kunst selbständig — für eigene Rechnung und Gefahr — betreiben.

L. 26 pr. D. de oper. lib, 38,1 (Alfenus Varus:) „Medicus libertus, quot putaret, si liberti sui medicinam non facerent, multo plures imperantes sibi habiturum, postulabat, ut sequerentur se, neque opus facerent; [74]) id jus est, none? Responsit, jus esse"...

Sie pflegten sogar, wie aus dieser Stelle hervorgeht. unter ihrer Botmäßigkeit — als ihre Klienten — wieder andere ihnen gehörige Freigelassene (liberti sui) als ihre Gehülfen im Betriebe der ärztlichen Praxis zu benutzen.

Zugleich geht aus der angeführten Stelle hervor, daß der Patron — hier „medicus libertus" — wenn er wollte, die Dienste des Freigelassenen auch in seinem Interesse verwenden, dem libertus also die selbständige Ausübung der ärztlichen Praxis untersagen konnte („postulabat, ut sequerentur se, neque opus facerent") Doch scheint dies letztere Recht sehr selten benutzt worden zu sein, wie schon aus der Struktur der Stelle einigermaßen hervorgeht. [75]) Aehnlich sagt Julian in L. 25 § 2 D. eod. 38,1:

---

[74]) Soll dies „opus facerent" etwa wieder auf eine loc. cond. operis hindeuten? Es ist anzunehmen, daß es hier nichts weiter bedeuten soll, als: selbständig eine ärztliche Praxis betreiben.

[75]) Die Sache wird vorgetragen in der Form eines in praxi vorgekommenen, aber Aufsehen erregenden und insofern interessanten Rechtsfalles und schließlich wird gefragt: „id jus et necne?" Jedenfalls war es sehr hart, den bereits selbständig etablirten Libertinen die ärztliche Praxis nachträglich zu verkümmern.

Digitized by Google

„Item plerumque medici servos ejusdem artis libertos [76]) perducunt, quorum operis perpetuo uti non aliter possunt, quam ut eas locent. Ea et in ceteris artificibus dici possunt."

Unter den „medici" im Anfange der Stelle können arg. L. 26 pr. cit. 38,1 sowohl libertini als ingenui verstanden werden. Der freigeborene sowohl als der freigelassene Arzt durfte, wenn er die ärztliche Praxis selbstständig betrieb, seine (Sklaven und) Freigelassenen in seinem eigenen Interesse verwenden und sie entweder als seine Gehülfen benutzen („ut sequerentur se;" Alfenus) oder aber ihre ärztlichen Dienstleistungen — operae libertorum — vermiethen (ut eas locent;" Julian). Julian denkt bei dieser etwas rigorosen Bestimmung jedenfalls — es geht aus der Stelle klar hervor — nur an den Fall, daß Jemand (als Arzt) seine Sklaven in der Arzneikunde unterrichtet, sie zu Aerzten förmlich herangezogen („perducunt") und sie dann natürlich nur unter der Bedingung freigelassen hat, daß sie fernerhin lediglich auf sein Konto hin dem Publikum ihre Dienste widmeten (nur so verschwindet die Härte der Bestimmung). Im Uebrigen jedoch war ein Freigelassener,

[76]) Sollte man hier etwa statt „libertos" „expertos" lesen dürfen? Es wäre eine geringe Aenderung, welche bewirken würde, daß die Stelle nur von Sklaven redete. Dem steht jedoch entgegen das „ut eas" (operas) „locent", da von den operae servorum als Gegenstand der Dienstmiethe nie die Rede ist. Wir würden also weiter konjiziren müssen: „quam ut eos locent", was ebenfalls eine sehr geringe Aenderung sein würde. Ich mag jedoch — obgleich das „servos ejusdem artis libertos perducunt"*) mir emendationsbedürftig zu sein scheint, — der Autorität Gothofred's, der Gebr. Kriegel und Th. Mommsen's nicht entgegen treten (was auch nur auf Grund von Handschrifts-Studien möglich wäre).

*) Nach Gothofred soll das „lib. perd." heißen: „ad libertatem perducunt".

Digitized by Google

welcher selbständig die ärztliche Praxis ausübte, gewöhnlich — mindestens bereits zu Julians Zeiten [77]) — nur gehalten, dem Patron und nach Wunsch desselben auch dessen Freunden und Verwandten die ärztliche Behandlung unentgeltlich angedeihen zu lassen.

L. 27 D. eod. 38,1 (Julian): „ . . . libertum, qui medicinam excercet, verum est, voluntate patroni curaturum gratis amicos ejus; neque enim oportet patronum, ut operis liberti sui utatur, . . . semper . . . aegrotare."

Hier findet sich nicht die geringste Andeutung dahin, daß dem Patron das Recht zustehe, die operae seines libertus für Geld an Andere zu vermiethen, sondern es wird nur

[77]) Die heterogene Bestimmung in L. 26 pr. cit. 38,1 stammt von einem in eigentlich vorklassiger Zeit — noch vor Augustus — lebenden Juristen (Alfenus Varus), welcher allerdings die rücksichtsloseste Ausnutzung der operae medicorum libertorum billigt:

„. . . dummodo liberales operas ab iis exigerit, hoc est, ut acquiescere eos meridiano tempore, et valetudinis et honestatis suae rationem habere sinerit" (L. 26 pr. i. f. cit.),

aber vermuthlich auch den in L. 25 § 1 cit. von Julian angedeuteten Fall im Auge hat, daß die medici liberti zu solchem Tagelöhnerhandwerk im Dienste des medicus patronus förmlich — zunächst als Sklaven — herangezogen sind. Im Uebrigen warnt schon ein vor Alfenus Varus lebender Jurist — Q. Muc. Scaevola, welcher 681 a. u. c. starb — in L. 41 § 6 D. de fideicomm. libert. 40,5 seinen bezw. des L. T. Erben vor allzu schroffer Ausnutzung der Dienste eines ihm gehörigen medicus servus (dessen Freilassung dem Erben empfohlen wird), in verblümter Rede:

„. . . medicos tibi commendo illum et illum; in tuo judicio erit, ut habeas bonos libertos et medicos; quodsi ego libertatem iis dedissem" — so daß sie nicht gerade an Dich durch Bande der Dankbarkeit gefesselt gewesen wären —, „veritus sum, quod sorori meae carissimae fecerunt medici . . ., qui salario expleto reliquerunt eam." M. a. W.: Laß die medici frei, aber zahle ihnen kein Honorar und behandle sie im Uebrigen gut. Vgl. Cic. de offic. I. 13 geg. Ende.

Digitized by Google

gesagt, daß letzterer ihm und seinen amici das gratis curare schuldig sei — schon aus Respekt — und daß dem Patron das gratis uti der operae liberti zustehe. Wenn es an sich schon als wenig anständig galt, die operae libertorum für Geld zu vermiethen, — außer in L. 25 cit. 38,1 ist vorwiegend im ganzen Tit. Dig. de oper. libert. die Rede davon, daß dem Patron und seiner Familie die Dienste geleistet werden, so weit sie selbst deren bedürfen —, so hielt man es vor allen Dingen für unbillig, die Dienste eines höher gebildeten Freigelassenen in solcher Weise auszunutzen. Man nahm Rücksicht auf die Art der operae, sowie auf die Person des Patrons und des Freigelassenen. Cfr. L. 25 pr. D. eod. 38,1:

„ . . . hoc ex genere operarum, ex persona patroni atque liberti colligi debet."

L. 16 § 1 D. eod. (L. 17 eod.)

L. 38 § 1 D. eod. (Callistratus): „Si tamen libertus artificium exerceat" (selbständig betreibt), „ejus quoque operas patrono praestare debebit . . .; quodsi artificium exercere desierit, tales operas edere debebit quae non contra dignitatem ejus fuerint, veluti ut cum patrono moretur, peregre proficiscatur negotium ejus exerceat."

[Cfr. L. ult. pr. D. de auro, arg. ect. 34,2: „Medico suo contubernali et communium expeditionum comiti" rel.]

L. 23 pr. D. eod. 38,1 (Julian): „. . . libertus . . . quamdiu id artificium exercebit, has operas patrono praestare cogitur."

Cfr. L. 16 pr. L. 18 i. f. L. 20. 21. 22 § 2 L. 50 pr. i. f. § 1 c. f. D. eod.

L. 10 § ult. c. f. D. de ann. leg. 33,1 (Papinian): „. . . medicus libertus . . ., ut patronam ejusque familiam curaret . . ."

Digitized by Google

Cfr. L. 3 L. 6 pr. Cod. de oper. libert. 3,6.

[Vorwiegend wird überall schonende Rücksicht genommen auf Künstler und Aerzte.]

Man hielt es häufig sogar für nöthig, mit dem Freigelassenen über die operae patrono praestandae zu stipuliren,

[L. 3 pr. L. 4. 5. 10. 22. 23 pr. L. 39 D. de oper. lib. 38,1.]

und selbst dann gab es für den libertus noch bestimmte Befreiungsgründe.

L. 37 D. eod. L. 6 § 1 Cod. eod. 6,3.

In der Kaiserzeit ferner wurde es üblich, daß der Freigelassene selbst dem Patron die Dienste nicht mehr unentgeltlich leistete — wie denn überhaupt im Laufe der Zeit die Stellung der römischen Libertinen sich hob —, sondern daß zwischen Patron und libertus eine Gratifikation für die zu leistenden Dienste verabredet wurde.[78])

L. 1 Cod. de oper. lib. 6,3 (impp. Sever. et Ant. a. 204 p. Chr.): „. . Solet autem inter patronos et libertos convenire[79]), ut pro operis aliquid praestetur."

Cfr. L. 10 § ult. D. ann. leg. 33,1 (Papinian): „Libertis dari volo, quae viva praestabam; . . . Ideo nec sumtum medicamentorum medicus libertus recte petet, quem ut patronam ejusque familiam curaret, acceptabat."

Der Zweck der vorstehenden Erörterung — nachzuweisen, daß die medici libertini die ärztlichen Dienste

[78]) Der ursprünglich mehr familiäre und freundschaftliche Charakter des Verhältnisses zwischen Patron und libertus verlor sich allmählich.

[79]) So — „convenire" — lesen Gothofred und die Gebr. Kriegel. Besser wäre jedenfalls „convenirI".

Digitized by Google

höchstens dem Patron und dessen Angehörigen unentgeltlich leisten mußten (daß aber selbst dies mit der Zeit seltener geworden und vermuthlich zuletzt ganz verschwunden sei) und daß sie im Uebrigen die medizinische Praxis selbständig ausübten[80]) —, darf hiermit als erreicht betrachtet werden. Die Dienste dieser medici libertini (s. humilioris gradus) galten — obgleich sie jedenfalls operae liberales im Sinne der Neueren[81]) waren — als operae

[80]) d. h. wenn sie nicht speziell zu dem Zwecke freigelassen waren, um im Dienste des Patrons zu praktiziren. L. 26 pr. cum L. 25, § 2 cit. 38,1.

[81]) Was unsere Juristen unter „operae liberales" verstehen — Dienstleistungen, welche eine wissenschaftliche Vorbildung voraussetzen (oder: welche vorwiegeud in geistiger Thätigkeit bestehen) —, ist ein viel weiterer Begriff, als derjenige der römischen operae locari non solitae. Die Römer nennen Dienstleistungen, bei denen es sich um eine freie, geistige Thätigkeit und nicht bloß um mechanische Handarbeit — daß die letztere vielleicht eine besondere Uebung und Geschicklichkeit („Kunst")*) erfordert, wie z. B. die Malerei**), macht sie nach römischer Anschauung noch nicht zu einer ars liberalis — handelt, überhaupt nicht operae, wenn sie von Freigeborenen geleistet wurden, also locari non solitae waren; in diesem Falle nannte man sie artes liberales oder studia liberalia. L. 1 pr. D. de extr. cogn. 50,13. Cfr. L. 4 D. ubi pup. educ. 27,2. Von operae im technischen Sinne ist nur dann die Rede, wenn sie locari solitae sind. Wenn also ein Freigelassener praktisch die ars liberalis übte, so fiel diese unter den Begriff der operae (und zwar der locari solitae). Wir sehen also, daß die heutige Unterscheidung der „operae" liberales und illiberales mit dem römischen Unterschiede der operae locari solitae nnd locari non solitae sich durchaus nicht völlig deckt. Der letztere Unterschied beruhte allerdings auf dem Begriffe der artes liberales insofern, als 1) operae locari solitae

*) Unsere „Kunst" ist jedoch nicht etwa gleichbedeutend mit der römischen „ars", da diese, — besonders, wenn im Plural gebraucht, vorwiegend die Wissenschaften umfaßte.

**) L. 5 § 2 D. de praescr. verb. 19,5. Cfr. L. 1 § 7 D. de extr. cogn. 50,13.

Digitized by Google

locari solitae. Für sie brauchte nicht einmal ausdrücklich eine merces festgesetzt zu werden, sondern die ausdrückliche Verabredung wurde derartig ersetzt durch Sitte und Gewohnheitsrecht, daß auch, wenn jene fehlte, die merces als certa et constituta angesehen wurde und vom medicus libertinus mittels der gewöhnlichen Dienstmiethklage — actio locati — eingeklagt werden konnte.[82])

nicht angenommen wurden, wenn mit dem objektiven Moment der liberalitas artis das subjektive Erforderniß der Ingenuität zusammentraf, als 2) anderenfalls — wenn ein Libertine die ars liberalis ausübte — auch die Ausübung der ars liberalis als wirkliche opera locari solita galt, und als 3) operae illiberales stets zugleich auch locari solitae waren (daher von ingenui nicht gern geleistet wurden). Wenn nun Jemand einwenden sollte, der Begriff der „operae" liberales und illiberales müsse gerade heutzutage mit demjenigen der operae locari solitae und locari non solitae deshalb genau zusammenfallen, weil h. z. T. Jedermann ingenuus sei — weil also mit der objektiven Liberalität der Dienstleistung stets das subjektive Moment der Ingenuität zusammentreffe —, so ist ihm zu entgegnen: H. z. T. ist zugleich mit dem Libertinen- und Sklavenwesen auch die rechtliche Sonderstellung der ingenui weggefallen, so daß es — wie unten noch ausführlicher nachgewiesen werden wird — überall keine „operae" locari non solitae mehr giebt. Die Unterscheidung von „operae" liberales und illiberales mag daher vielleicht noch historischen Werth haben,*) entbehrt jedoch jeglicher praktischen Bedeutung, und bedarf in Lehrbüchern des h. z. T. praktischen Rechts keiner Erwähnung mehr.

82) Man findet übrigens, da der Sprachgebrauch überhaupt nicht konstant war, ebenso, wie bei freigeborenen Aerzten wohl von merces — im nichttechnischen Sinne — die Rede ist (cfr. L. 1 pr. cum L. 1 § 1 D. de extr. cogn. 50,13), auch bei medici liberti (andererseits) wohl das Wort salarium (honorarium), auch dies im nichttechnischen Sinne gemeint. L. 16 § 1 D. de alim. leg. 34,1 (Scaevola): „. . . petierat, uti publice, quod medicus erat, salaria ei praestarentur, manifestando literis suis, eum suum esse libertum."

*) Die Römer sprechen jedoch nur von einem „factum, quod locari non possit." L. 5 § 2 D. de praescr. verb. 19,5.

Digitized by Google

Von einem solchen medicus libertinus redet jedenfalls Ulpian in der oben bereits ausführlich erörterten L. 7 § ult. D. ad leg. Aqu. 9,2.[83]) — Kam ein solcher medicus humilioris gradus[84]) seinen kontraktsmäßigen Verpflichtungen nicht nach,

[83]) Es darf nicht wunderbar erscheinen, daß Ulpian in L. 7 § ult. cit. schlechthin von einem medicus spricht und doch einen medicus libertus*) meint. Denn: 1) Die Freigelassenen bildeten zu Ulpian's Zeit jedenfalls unter den römischen Aerzten weitaus die Majorität, wie aus den oben zitirten Stellen mit einiger Bestimmtheit sich schließen läßt: es ist daher anzunehmen, daß Ulpian, wenn er schlechthin vom „medicus" spricht, den medicus der am zahlreichsten vertretenen Gattung meint. 2) Wenn z. B. in zehn Stellen von einem „medicus libertus" die Rede ist, so darf man in der elften das „libertus" zu dem „medicus" hinzudenken*) ohne dabei viel zu wagen. 3) Ulpian setzt jedenfalls voraus, daß jeder Römer von selbst wisse, es sei da, wo eine actio „ex locato" ertheilt wird, von einem medicus libertinus die Rede. Vgl. unten.

[84]) Von demselben spricht auch Paulus, Sent. rec. V. 23 § 19 (freilich nur kriminell, aber doch hier, wo es sich lediglich darum handelt, nachzuweisen, daß im römischen Rechtsgebiet schlechthin zwei Klassen von Aerzten unterschieden wurden, zur Vergleichung brauchbar): „Si ex eo medicamine, quod ad salutem hominis vel ad remedium datum erat, homo perierit, is qui dederit**), si honestior fuerit, in insulam relegatur, humilior autem capite punitur."

Cfr. Paul. sent. eod. loco § 1. 13. 14. 16. 18.
Vgl. Not. 86.

*) Richtiger wohl (medicus) libertinus. Vgl. Not. 68. Wenn L. 26 pr. cit. 38,1 „Medicus libertus" (obgleich hier lediglich der Libertinenstand ohne Rücksicht auf den Patron angedeutet werden soll) sagt, so findet dies seine Erklärung darin, daß im ganzen Digestentitel 38,1 vorwiegend das Verhältniß zum Patron erörtert und daher fast immer von einem „medicus libertus" gesprochen wird, welchem Brauch L. 26 pr. unbewußt folgt.

**) Selbstverständlich ist hier ein Arzt gemeint. Cfr. L. 1 § 1 L. 3 § 2 L. 4 § 1 L. 7. 14 Dig. ad leg. Corn. 48,8. Paul Sent. l. c. § 14.

Digitized by Google

so fand gegen ihn die actio conducti statt. — Hiermit ist erledigt die erste[85]) Klasse der römischen Aerzte: diejenige Klasse, deren operae direkt unter den Gesichtspunkt der Dienstmiethe gestellt wurden.[86])

---

[85]) Die erste: tempore quidem, non gradu vel dignitate.

[86]) Die Trennung der Römer in „humiliores“ und „honestiores“, welche sich (wie Note 84 angedeutet ist) besonders im römischen Strafrecht geltend machte und hier vorwiegend auf dem seit der Kaiserzeit eingeführten eigenthümlich römischen Dignitätssystem beruhte, zeigte sich in ganz eigenthümlicher Beziehung auch im Zivilrecht: hier beruhte sie in ihren ersten Anfängen auf dem Institut der Sklaverei, sodann auf dem — aus letzterem seinen Ursprung ableitenden — allmählich mit der immer mehr zunehmenden Zahl und Ueblichkeit der Manumissionen emporwachsenden Stande der Libertinen, mit welchem wieder die Unterscheidung von operae locari solitae und quae locari non solent — wenigstens soweit sie sich auf die artes liberales*) bezieht — eng zusammenhängt (ohne Sklaven- und Libertinitätswesen würde es kein „mercenariam operam spernere“ — vgl. unten — und damit auch keine operae locari non solitae gegeben haben). Das später noch hinzutretende Dignitätssystem der Kaiser — vgl. Not. 103 — äußerte nicht so sehr privatrechtliche, als vielmehr straf- und staatsrechtliche Wirkungen.

---

*) Man kann die artes (oder operae) liberales für den Fall, daß sie von ingenui ausgeübt wurden — also locari non solitae waren —, liberales im engsten Sinne nennen. — Vgl. Not. 81 [und im Allgemeinen zu der Theorie der operae liberales und illiberales noch Unterholzner, Schuldverhältnisse, Bd. II. Seite 343, Not. b.]

(Schluß folgt.)

Digitized by Google

II.

Zur Lehre vom Genußdiebstahl.

Von Dr. Ludwig Fuld in Mainz.

Die unsystematische Stellung, welche das Str.-G.-B. dem Genußdiebstahle lediglich nach äußeren Merkmalen und ohne Rücksicht auf die innere Qualität desselben angewiesen hat, ist wenig geeignet, den eigentlichen Charakter dieses Deliktes hervortreten zu lassen. So verschieden auch die Strafandrohungen sind, denen dieser Reat im Vergleiche mit den in § 242 u. fg. näher bezeichneten strafbaren Handlungen unterliegt, so kann doch aus dieser Verschiedenheit der Strafquantitäten und Qualitäten nicht geschlossen werden, daß die rechtliche Natur der Uebertretung des § 370 5 eine andere sei, als die der Verletzung des § 242. Dieselbe ist vielmehr ein Diebstahl nach jeder Richtung und erfordert auch die Thatbestandsmerkmale des gemeinen Diebstahles nur mit der Eigenthümlichkeit, daß das Objekt des gewöhnlichen Diebstahles, das verletzte Rechtsgut, hier enger gefaßt und ein spezielleres Motiv, ein eigenthümlicher Bestimmungsgrund des Willens erfordert wird. Unter Festhaltung dieses Gedankens wird die Erläuterung des § 370 5 uns zugleich Ge-

Digitized by Google

legenheit geben, die Abweichungen vom Thatbestande des gemeinen Diebstahls zu präzisiren.

Die rechtswidrige Handlung, welche das Eigenthum verletzt, wird im § 370 5 als eine Entwendung, im § 242 als eine Wegnahme gekennzeichnet. Trotz dieser verschiedenen Ausdrucksweise ist die Kontrektation in beiden Fällen dieselbe. Wer gegen § 242 verstößt, verbringt in gleicher Weise eine ihm fremde Sache aus dem Besitze ihres Dispositionsbefugten wie der Kontravenient des § 370 5, die begrifflich nothwendige Thätigkeit ist die gleiche. In beiden Fällen muß der Kontravenient seinen Willen, eine fremde Sache wie seine eigene zu behandeln, somit seine Negation des Eigenthums, durch eine Handlung verkörpern, die wir mit gleichem Rechte als Entwendung oder Wegnahme bezeichnen dürfen. Es läßt sich freilich nicht in Abrede stellen, daß sprachlich eine gewisse Verschiedenheit zwischen beiden Bezeichnungen besteht. Während der Sprachgebrauch von dieser nur bei dem Verbringen größerer nnd werthvoller Quantitäten redet, spricht er von jener nur bei kleinen, unbedeutenden Mengen, und die allgemeine Anschauung verbindet deßhalb in ganz richtigem Erfassen dieses auch sittlich bedeutsamen Unterschiedes mit der Wegnahme einen viel größeren Vorwurf der Handlungsweise, als mit der Entwendung. [1]) Dieser Anschauung hat sich auch das Gesetz angeschlossen und wiewohl die Motive und sonstigen Auslegungsmaterialien den Grund der verschieden gewählten Ausdrucksweise nicht hervorheben, so werden wir doch nicht fehl gehen, wenn wir ihn in der Verschiedenheit dieser bestehenden sittlichen Mißbilligung suchen, und keineswegs glauben, es habe mit dem Ausdruck „Entwenden" eine Ver-

[1]) Zu wenig wird diesem Punkte von Sanders, Wörterbuch der deutschen Sprache, S. 206, s. v. Entwenden Rechnung getragen. Er legt zu viel Gewicht auf die Heimlichkeit der Ausführung.

Digitized by Google

schiedenheit von dem Thatbestande des gemeinen Diebstahles statuirt werden sollen. Das Moment des Thatbestandes des Genußdiebstahles, worin die Differenz von dem gemeinen Diebstahle am deutlichsten sich zeigt, ist das Objekt derselben, das Rechtsgut der Verletzung. Während jede fremde bewegliche Sache Gegenstand des gemeinen Diebstahles sein kann, werden für den Reat des § 370[5] Nahrungs- oder Genußmittel von geringem Werthe oder in unbedeutender Menge erfordert. An Stelle des generell gefaßten Objektes des § 242 ist hier eine Spezies getreten. Wenn demnach Nahrungs- oder Genußmittel Gegenstand der Kontravention des § 370[5] sein sollen, müssen sie erst Gegenstand des gemeinen Diebstahles sein können, mit andern Worten, ihre Mobilienqualität muß feststehen. Sind nun genießbare Früchte von fruchttragenden Sache noch nicht getrennt, so kann an ihnen ebensowenig ein Genußdiebstahl wie ein anderer Diebstahl verübt werden. Allerdings ist dies jedoch dann möglich, wenn sie gerade durch die Handlung des Diebes getrennt werden. Die Thätigkeit des Diebes zerfällt dann in zwei Akte, die Trennung der Früchte von der Sache und die Wegnahme bezw. die Entwendung. Aus beiden setzt sich die Willensthätigkeit zusammen, die trennende Handlung ist ein „Verübungsmittel“ [2]) des Diebstahles. Gehören hiernach einerseits die Nahrungs- und Genußmittel in die Kategorie beweglicher Sachen, so ist ihr Begriff nun näher zu bestimmen. Beide Ausdrücke werden von dem gemeinen Sprachgebrauch und der physiologischen Terminologie in verschiedenem Sinn und Umfang gebraucht, und die strafrechtliche Bedeutung, welche auch dem Gesetze vom 14. Mai 1879 zu Grunde liegt, schließt sich an jenen jedoch mit Berücksichtigung der wissenschaftlichen Postulate an. Betrachten wir

[2]) Vgl. Schütze, Zeitschr. f. d. ges. Strafrechtswissenschaft III, Seite 57.

Digitized by Google

beide Begriffe getrennt für sich, da ihre Verbindung zwar eine gebräuchliche aber keine nothwendige ist.

Unter einem Nahrungsmittel ist ein zur Aufnahme in den menschlichen Körper bestimmter Gegenstand zu verstehen, welcher den menschlichen Ernährungszwecken dient, welcher, um letzteren Punkt zu präzisiren, die dem Körper zu seiner Erhaltung erforderlichen Substanzen zuführt. Das entscheidende Kriterium bildet hiernach die Eigenschaft, einer Sache mit diesem Zwecke in den Körper eintreten zu können. Ob dieselbe vorhanden, hat der Richter nach allgemeinen, objektiven Gesichtspunkten zu beurteilen, die subjektive Ansicht des Delinquenten ist dafür irrelevant. Jedoch wird hier öfters eine Möglichkeit zur Anwendung des § 59 Str.-G.-B. gegeben sein, wenn der Dieb eine objektiv nicht zu den Nahrungsmitteln gehörende Sache als solches angesehen und verwendet hat. Wenn es auch nach der strikten Auslegung nicht zweifellos ist, ob nicht die Strafe des gemeinen Diebstahles für diesen Fall einzutreten habe, so stünde ein solches Resultat offenbar in schreiendem Widerspruch mit dem Geiste des Gesetzes, das nicht will, daß die aus der Befriedigung eines drängenden Hungers originirenden diebischen Handlungen mit der schweren Strafe des gemeinen Diebstahls gesühnt werden sollen. Deßhalb werden wir ein Urtheil gerechtfertigt finden, welches einen Menschen der aus Hunger Baumrinden entwendet und — sit venia verbo — verzehrt, — das Beispiel verdankt seine Existenz übrigens keineswegs der Phantasie des Verfassers — nur nach § 370[5] bestraft und von der weitergehenden Anklage des gemeinen Diebstahls freispricht. Trotz dieses Zugeständnisses nach der Seite subjektiver Beurtheilung, steht doch die Bestimmbarkeit einer Sache nach objektiven Gesichtspunkten fest, und es kommt somit keineswegs darauf an, ob der originäre Eigenthümer die entwendete Sache zu andern Zwecken, als der menschlichen Ernährung gebraucht oder

Digitized by Google

angeschafft hat, weil diese ganz nach subjektiven Ermessen erfolgende Verwendung den feststehenden objektiven Charakter, den die Motive an erster Stelle betonen, nicht tangiren kann, vorausgesetzt, daß die Behandlungsweise des Eigenthümers die Sache nicht derart denaturirte, daß ihre Nahrungsmittelqualität ganz zerstört ist.

Aus dem Zwecke der Nahrungsmittel folgt als Konsequenz, daß nur solche von dem Gesetz verstanden werden, welche als Nahrungsmittel für Menschen zu betrachten sind, daß dagegen alle der Ernährung von Thieren bestimmten Stoffe von der Unterstellung unter § 370[5] ausgeschlossen werden müssen. Dies ergiebt sich zunächst daraus, daß das Gesetz für den sog. Futterdiebstahl eine eigne Strafsatzung aufgestellt hat. Es folgt weiter aus dem Bestimmungsgrunde des Gesetzes. Indem dasselbe die Entwendung von Gegenständen, welche lediglich zum Zwecke eines alsbaldigen Verzehrens erfolgt, einer besonders milden Bestrafung unterstellt, hat es selbstverständlich nur diejenigen im Auge, welche überhaupt dem Nähr- und Genußbedürfniß der Menschen dienen können. In letzter Linie ergiebt es sich aus der Bedeutung, welche der deutsche Gesetzgeber stets mit „Nahrungsmittel" verbindet. Es wäre zunächst schon eine halsbrecherische Interpretation, wenn man aus dem verbundenen Ausdrucke „Nahrungs- und Genußmittel" die letztere ausschalten und, wie das natürlich, nur auf menschliche Genußmittel — denn von thierischen Genußmitteln zu reden haben wir noch nicht fertig gebracht, vielleicht daß eine weitere Erkenntniß der „Thierstaaten" auch dies erreicht — die ersteren dagegen unterschiedslos auf menschliche und thierische Nahrungsmittel beziehen wollte. Aus dem Reichsges. vom 14. Mai 1879 ergiebt sich dies zur Evidenz, wie wohl man auch diesem Gesetze gegenüber die Verfechtung der entgegengesetzten Ansicht versucht hat, allerdings ohne

Digitized by Google

jeden Grund.[3]) Der Diebstahl von Viehsalz u. dgl. kann somit nicht nach § 370[5] beurtheilt werden, was das R.-G. ebenfalls ausgesprochen hat.[4])

---

[3]) Vgl. Baer, Kommentar zum Reichsges. vom 14. Mai 1879, Seite 36.

[4]) Entsch. vom 2. Oct. 1880 (Rechtspr. d. R.-G. II S. 294) „Es ergiebt sich, daß es sich hier nur um Nahrungsmittel, die für Menschen genießbar sind, handeln kann, denn auf Nahrungsmittel für Thiere finden jene Beweggründe (der Lüsternheit, Naschhaftigkeit) keine Anwendung."

(Schluß folgt.)

Digitized by Google

B. Bemerkenswerthe Entscheidungen oberer Gerichte mit gedrängter Angabe der Entscheidungsgründe.

I. Rückforderung der dos während der Ehe. Einrede des Spoliums dagegen.

Mitgetheilt von Herrn Landgerichtsdirektor Dr. Stammler in Gießen.

Der beklagte Ehemann hatte gegen den Vater seiner Frau eine Klage auf Zahlung von 1000 fl. erhoben, welche dieser ihm als Mitgift versprochen hatte und auch ein condemnatorisches Urtheil erwirkt. Ehe dasselbe vollstreckt werden konnte, beantragte die Ehefrau, die Forderung mit Arrest zu bestricken und zugleich klagend, den Ehemann schuldig zu erklären, anzuerkennen, daß sie berechtigt sei, ihr in die Ehe eingebrachtes und noch einzubringendes Vermögen, insbesondere auch obige 1000 fl., zu Zwecken der Ehe und gegen ihr zu leistende Sicherheit in eigne Verwaltung zu nehmen.

Den Anspruch stützte sie darauf, daß Beklagter, mit dem sie seit 1863 verheirathet sei und sieben Kinder von 17 bis 2 Jahren erzeugt habe, dem Trunke in hohem Grade ergeben und völlig verdienst- und obdachlos sei, weßhalb sie mit ihren Kindern ihre Zuflucht zu ihren Eltern habe nehmen müssen.

Durch die Beweisaufnahme wurden diese Umstände, obgleich vom Beklagten widersprochen, vollständig constatirt, und wurde danach in beiden Instanzen die Arrestanlage für gerechtfertigt erklärt und Beklagter dem Klagantrag gemäß ver-

Digitized by Google

urtheilt, indem ausgeführt wurde: Obwohl die dos in das Vermögen des Mannes kommt und derselbe Eigenthümer der Dotalsachen wird, stehen der Frau bezüglich derselben doch schon während der Ehe gewisse Rechte zu. Sie kann die dos zur Sicherung ihrer Rechte unter Umständen, namentlich wenn der Mann verarmt, auch schon während der Ehe zurückfordern, immer jedoch so, daß die Verwendung zu den Zwecken der Ehe nur von ihr geschieht.

Damit wurde auch zugleich die Einrede des Spoliums verworfen, welche in zweierlei Richtung geltend gemacht worden war, einmal, weil die Klägerin den Beklagten verlassen habe, und dann, weil sie bei ihrer Entfernung sämmtliche als Dotalgegenstände, eventuell als von dem Beklagten aus eignen Mitteln angeschafft bezeichneten Mobilien mit Ausnahme der Kleider und Wäsche des Beklagten und eines Bettes mitgenommen habe. Die Gründe für die Verwerfung besagen:

Durch die Beweisaufnahme ist gänzlich außer Zweifel gestellt, daß der Beklagte in Folge seines dissoluten Lebenswandels in Vermögensverfall gerathen und außer Stande ist, seiner Familie selbst den nöthigen Unterhalt in Wohnung, Pflege u. s. w. zu bereiten, daß er sich auch dermalen hierzu außer Stande befindet und in den drückendsten Verhältnissen lebt, daß er endlich die Trennung seiner Frau und Kinder selbst schuldvoll veranlaßt hat, und daß die Klägerin aus den geschilderten Gründen, und weil ihr Mann sie auf die roheste Art mißhandelt, zum Verlassen desselben und zur Trennung von ihm für so lange, bis er wieder in der Lage ist, seinen Angehörigen Wohnung und Unterhalt zu gewähren, berechtigt erscheint. Dieser factischen Trennung ungeachtet besteht seine Verbindlichkeit zur Alimentation fort. Hierzu gehören aber selbstverständlich auch die zum Lebensunterhalt nöthigen Mobilien, Kleider u. dgl. Diese mitzunehmen war die Frau auch bei ihrem Weggang vom Beklagten berechtigt. Daß sie aber andere und mehr als die nöthigen Sachen mitgenommen habe, ist durchaus unerwiesen und auch vollkommen unglaubhaft, da der Beklagte schon damals in gänzlichen Vermögensverfall gerathen und von Mobiliar nur das Nöthigste vorhanden war und von diesem die Kleider und Wäsche des Beklagten und ein Bett zurückgelassen worden sind. Bei dieser aus der Alimentationspflicht des Mannes fließenden Be-

Digitized by Google

rechtigung, das Nöthige mitzunehmen, kommt nichts darauf an, ob dieses Dotalgegenstände waren, oder ob es aus eignen Mitteln des Mannes angeschafft war.

Urtheil d. O.L.G. Darmstadt vom 1. Juli 1882 i. S. Schmidt c. Schmidt.

II. Alimentations- und Aussteuerrecht der Kinder nach Tit. VII, § 3 des Mainzer Landrechts; insbesondere dessen Vorzug vor den Forderungen anderer Gläubiger.

Mitgetheilt von Herrn Justizrath v. Kreß in Darmstadt.

Das Landgericht der Provinz Starkenburg hatte durch Urtheil vom 17. Februar 1883 (O. 397/82) einer Klage auf Aufhebung einer Pfandung, durch welche die Mietherträgnisse von Immobilien, die in der Nutznießung des überlebenden Ehegatten standen, beschlagnahmt worden waren, stattgegeben und den Beklagten für schuldig erkannt, das Recht der klagenden Kinder des fragl. Ehegatten auf die Mietherträgnisse zum Zweck ihres Unterhaltes bezw. ihrer Erziehung und Aussteuer anzuerkennen, demgemäß die geschuldeten und geschuldet werdenden Miethzinsen von der Pfandung frei zu geben und das Vereinnahmte heraus zu zahlen.

Der Beklagte verfolgte hiergegen Berufung, indem er seine Verpflichtung zur Rückzahlung der vereinnahmten Beträge bestritt, dagegen aber die Aufhebung der Beschlagnahme für die Zukunft nicht weiter beanstandete. Die Berufung wurde indessen von dem Oberlandesgerichte zurückgewiesen und im Anschluß an die Gründe des Landgerichts noch Folgendes hervorgehoben.

Was zunächst die rechtliche Natur des im Tit. VII, § 3 des Mainzer Landrechts den Kindern bewilligten Alimentations- und Aussteuerungsrechts aus dem dem Ueberlebenden zur Nutznießung überlassenen Vermögen des verstorbenen Ehegatten anlange, so könne hierin nicht ein einfaches Forderungsrecht der Kinder an den überlebenden Elterntheil, welches mit Forderungen anderer Gläubiger an diesen auf die nämliche

Digitized by Google

Linie zu stellen sei, erblickt werden. Es stehe vielmehr dieses Recht der Kinder mit dem Nutznießungsrecht des überlebenden Ehegatten in einer solchen Verbindung, daß es als eine auf diesem Vermögen ruhende Reallast zu betrachten sei, deren Betrag den Ertrag der Nutznießung von selbst mindere, so daß die Ansprüche der Gläubiger an den nutznießenden Ehegatten erst dann zur Sprache kommen können, nachdem die den Kindern bewilligten Rechte auf Alimentation und Aussteuer ihre Berücksichtigung gefunden haben. Diese Ansicht finde ihre Begründung in dem Wortlaute des Mainzer Landrechts. Auch sei sie, wie das landgerichtliche Urtheil ausführe, nicht nur von dem bekannten Commentator des Mainzer Landrechts, Kurz, für die richtige, sondern auch von dem daselbst angeführten Urtheile des Berliner Obertribunals den Grundsätzen des gemeinen deutschen Privatrechts entsprechende erklärt worden.

Was die thatsächliche Unterlage der Anwendung des § 3 Tit. VII des Mainzer Landrechts anlange, so wurde als vollständig erwiesen angenommen, daß die hier fragliche, zur Nutznießung berechtigte Wittwe der Einkünfte des väterlichen Vermögens zur Alimentation ihrer Kinder auf das Dringendste bedürfe. Da ferner die Kinder außer der Alimentation auch Aussteuerung verlangen können, so sei der überlebende Elterntheil verpflichtet, die nicht zur Alimentation verwendeten Erträgnisse zu jenem Zweck anzusammeln und seine Gläubiger hätten nicht das Recht, den zu Aussteuerungszwecken erforderlichen Betrag in Anspruch zu nehmen. Bei den ärmlichen Verhältnissen der fraglichen Wittwe und der großen Zahl ihrer Kinder sei die gepfändete Summe aber noch lange nicht genügend, um sie in den Stand zu setzen, ihren Verpflichtungen auf Ausstattung nachzukommen und deshalb auf Rückzahlung des ganzen Betrags zu erkennen gewesen.

Entscheidung des I. Civilsenats vom 14. Juli 1883 i. S. U. $^{122}/_{83}$.

Digitized by Google

III. Ist bei Bestätigung eines elterlichen Gutsanschlagsvertrags die Einwilligung derjenigen Kinder, welche nicht die Gutsübernehmer sind, sowie die richterliche Prüfung der Angemessenheit des Anschlagspreises erforderlich?

Mitgetheilt von Herrn Justizrath von Kreß in Darmstadt.

In einer Beschwerdesache, welche aus dem Gebiete des Erbacher Landrechts an das Oberlandesgericht erwachsen war, hatten die beiden vorderen Instanzen obige Frage bejahend entschieden. Das Oberlandesgericht hob aber die ergangenen Beschlüsse auf und wies das Amtsgericht an, bei der Bestätigung des in Rede stehenden Kauf- und Leibgedingsvertrags von der geforderten Einwilligung der Kinder und der Prüfung der Angemessenheit des Anschlagspreises abzusehen.

Aus den Entscheidungsgründen ist Folgendes hervorzuheben.

Nach gemeinem Rechte kann ein von Eltern abgeschlossenes Rechtsgeschäft von den Kindern während der Lebensdauer der Ersteren nicht angefochten werden, es kann vielmehr erst nach dem Tode derselben die Frage, ob durch eine letztwillige Verfügung oder eine Schenkung unter Lebenden der Pflichttheil der Kinder verletzt worden ist, erörtert und entschieden werden.

Von diesem Grundsatze kennt auch das Erbacher Landrecht keine Ausnahme, indem es den Beamten der freiwilligen Gerichtsbarkeit zwar anräth, bei Bestätigung der Anschlagsverträge zur Vermeidung von Streitigkeiten die Rechte aller Betheiligten möglichst zu wahren, jedoch ausdrücklich anerkennt (s. Beck u. Lauteren, Erbacher Landrecht, S. 388b), daß die lebenden Eltern bei Gutsanschlägen durch keinerlei Ansprüche ihrer Kinder in ihrem Verfügungsrecht beschränkt werden. Die Modificationen, welche im Falle einer nach dem Tode des einen Ehegatten mit den Kindern fortgesetzten Gütergemeinschaft oder einer Einkindschaft an jenem Grundsatze eintreten, greifen im vorliegenden Fall nicht Platz, weil die anschlagenden Eltern noch am Leben sind und beiderseits in erster Ehe stehen.

Digitized by Google

Da endlich von einer Anwendung bestehender Rechtsgrundsätze ohne Zustimmung sämmtlicher Betheiligten weder in der streitigen noch in der freiwilligen Gerichtsbarkeit abgesehen werden kann und auch ein obige Grundsätze abänderndes Gewohnheitsrecht nicht vorhanden ist, so war so wie geschehen zu erkennen.

Entscheidung des I. Civilsenats des Oberlandesgerichts vom 26. Juni 1883 i. S. W. $^{61}/_{83}$.

IV. Kauf. Wenn auch zur Gültgkeit eines Immobiliarveräußerungsvertrags Protocollirung erfordert wird, so ist doch eine nicht protocollirte, im Widerspruch mit dem Protocoll stehende Verabredung über Bezahlung des Kaufschillings rechtsverbindlich.

Mitgetheilt von Herrn Landgerichtsdirektor Dr. Stammler in Gießen.

Die Witwe und die acht Kinder des J. V., bezw. für einen abwesenden Sohn dessen Bevollmächtigter, kamen im Jahre 1875 dahin überein, daß von den beiden ihnen gehörigen Hofraithen die eine dem Beklagten und seiner Ehefrau, einem jener acht Kinder, für 2000 fl. und die andere Hofraithe drei anderen Geschwistern für 1600 fl. angeschlagen und von diesen Kaufschillingen der abwesende Sohn auf seine Vorempfänge noch 50 fl. erhalten, der Rest von 3550 fl. aber unter die sieben anderen Geschwister mit je $^1/_8$ vertheilt werden solle und die Klägerin mit ihrem Anspruch auf diesen Betrag an das von dem Beklagten und seiner Ehefrau zu zahlende Kaufgeld angewiesen werde. Später, am 19. Januar 1876, wurde für die Letztgenannten eine Kaufnotel errichtet, in welche die Bedingung Aufnahme fand, daß der Kaufschilling mit je $^1/_8$ an die acht Kinder zu bezahlen sei. Jedoch wurde dabei mündlich verabredet, daß es bei der früheren Vereinbarung verbleiben solle.

Digitized by Google

Hierauf klagte die Klägerin die ihr überwiesenen 507 fl. gegen den Beklagten für sich und, da seine Ehefrau inzwischen gestorben war, als Vertreter seiner minderjährigen Kinder ein. Derselbe opponirte:

1. die behauptete Vereinbarung enthalte eine Abänderung eines Vertrags über Immobilien, welche nach dem hessischen Gesetz vom 4. August 1871 der ortsgerichtlichen Protocollirung bedürfe;

2. es handele sich hier um eine errungenschaftliche Schuld, über welche die Frau ohne seine Zustimmung nicht habe verfügen können;

3. der abwesende Sohn sei mit der behaupteten Vertheilung nicht einverstanden und er, der Beklagte, könne deßhalb dessen Antheil retiniren und Sicherheit verlangen, daß jener nicht später Ansprüche an ihn erhebe.

Diese Einwendungen wurden in beiden Instanzen aus folgenden Gründen verworfen:

ad. 1. Der Anspruch auf die 2000 fl., welche Beklagter und seine Ehefrau zahlen sollten, war zwar vor Errichtung der Kaufnotel rechtlich noch nicht existent, da nach dem Gesetz vom 4. August 1871 Verträge über Immobilien vor der Protocollirung keine Gültigkeit haben. Allein das hindert nicht, daß die Erben, welche für den Fall des Zustandekommens des Kaufvertrags Anspruch auf das Kaufgeld hatten, sich behufs Regulirung ihrer Erbschaft einstweilen über die Art der Vertheilung verständigten. Diese Vereinbarung enthielt eine Cession der Antheile der nicht participirenden Erben an die auf den Kaufschilling angewiesenen Miterben quoad summas concernentes, und zwar vor der Protocollirung des Vertrags eine Cession zukünftiger Forderungen. Mit dem Abschluß der Kaufnotel wurde die Vertheilung rechtswirksam. Aber weder die Vertheilung noch die Cession fallen unter die Veräußerungsverträge über unbewegliche Güter und Rechte. Sie bedürfen also nicht der Protocollirung und sind gültig, wenn sie auch mit den Bestimmungen der Kaufnotel über die Art der Bezahlung im Widerspruch stehen. — Es läßt sich auch nicht geltend machen, daß es bezüglich der cedirten Beträge an der Denunciation gefehlt habe; denn diese hat nur den Zweck, die fortdauernde Einwirkung des Cedenten auf die Obligation auszuschließen,

Digitized by Google

während diese selbst mit dem Acte der Cession auf den Cessionar übergeht, ohne daß es dazu noch der Bekanntmachung an den Schuldner bedürfte.

Entsch. d. Reichsger., Bd. 4, S. 114 f.

ad. 2. Zur Cession der betreffenden Kaufschillingsantheile war nur die Zustimmung der Berechtigten erforderlich. Dies sind die Erben, zu denen auch die Frau des Beklagten, nicht dieser selbst, gehört. Die Ansicht des Beklagten, es handle sich hier um Dispositionen über ein eingebrachtes Gut der Frau, mit dem Anfall und dem Antritt der Erbschaft sei ihm diese inferirt und damit sein Eigenthumsrecht daran begründet, ist irrig. Es fehlt grade der Nachweis, daß die Erbschaft inferirt und somit Dotalsache geworden sei. Die Illation wird nicht vermuthet, sondern muß bewiesen werden. Da die Frau auch Sondergut haben kann, so kann sie die Erbschaft auch für sich behalten. Mit der Delation und dem Antritt der Erbschaft ist noch nicht der Erwerb und die Illation derselben in das Dotalvermögen begründet.

ad. 3. Da der Generalbevollmächtigte des abwesenden Sohnes mit der fr. Vertheilung der Erbschaft einverstanden war, so ist dieselbe rechtsverbindlich zu Stande gekommen. Nachträgliche Meinungsänderung kann sie nicht ungültig machen und das einmal erworbene Recht der Klägerin auf Entrichtung ihres Antheils durch den Beklagten nicht wieder aufheben.

Urth. des O.L.G. Darmstadt vom 7. März 1882 i. S. C. J. Wagner's Ehefrau zu Lang-Göns w. C. Müller XX. daselbst.

V. Exceptio rei venditae et traditae bei Immobilienveräußerungen dem Konkursverwalter gegenüber. Eintrag ins Mut.-Verzeichniß, nachdem Verkäufer in Konkurs gerathen, zu Gunsten des Immobilienkäufers.

Mitgetheilt von Herrn Landgerichtsrath Dr. Kritzler in Darmstadt.

B. hatte mehrere Immobilien an Sch. laut Kaufnotul v. 5. April 1881 verkauft und alsbald übergeben.

Digitized by Google

Der Kaufbrief wurde am 26. ej. bestätigt. Die Zahlung des Kaufpreises war am 30. April bereits an den Hypothekargläubiger N. nach gerichtlicher Anweisung erfolgt. Am 2. Juni 1881 wurde Konkurs über das Vermögen des Verkäufers B. eröffnet. Am 20. Juni 1881 wurden die Kaufobjekte auf den Namen des Käufers Sch. im Mutations-Verzeichnisse resp. Grundbuch eingetragen.

Der Vertreter der B.'schen Konkursmasse klagte nun gegen Sch. auf Löschung dieses Eintrags und Rückgabe der Grundstücke an die Konkursmasse, weil dieselben zur Zeit der Konkurserkennung noch Eigenthum der Konkursmasse gewesen seien, daher dem Sch. kein Eigenthumsanspruch, sondern nur ein Anspruch auf Rückzahlung des Kaufpreises als Konkursgläubiger zustehe.

Sch. wendete unter Anderm ein:

1) In dem vollzogenen Eintrag ins Mut.-B. nach der Konkurserkennung durch den Richter liege keine Rechtshandlung des Kridars. Die Voraussetzungen zur Ingrossation hätten vielmehr schon vor der Konkurserkennung vorgelegen. Der Richter hätte daher von Amtswegen die Ingrossation vollziehen müssen.

2) Sch. sei durch Kauf und Tradition publicianischer Eigenthümer geworden; es stehe daher sowohl dessen Verkäufer B. als auch der Konkursmasse des B. die exceptio rei venditae et traditae entgegen.

Es wurde um Abweisung der Klage gebeten.

Das Landgericht erließ ein der Klagebitte deferirendes Erkenntniß. Das O.L.G. daselbst wies die Klage ab durch Urtheil vom 14. März 1883.

In den Gründen ist u. A. bemerkt: Das vorliegende Sachverhältniß werde durch den § 15 der K.K.Ordnung nicht beherrscht, wie das Gericht I. J. mit Unrecht angenommen habe. § 15 der K.K.O. setze einen Vertrag voraus, der weder von dem Gemeinschuldner, noch von dem andern Theile zur Zeit der Konkurseröffnung vollständig erfüllt gewesen wäre, während vorliegend der Beklagte seinen Vertragspflichten vollständig nachgekommen sei. Auch von einer Aufhebung des Rechtsverhältnisses in Folge der Konkurserkennung (§ 21 der KK.O.) sei keine Rede. Klägerin erkenne

Digitized by Google

die fortdauernde Gültigkeit des abgeschlossenen Kaufvertrags vollkommen an, verlange nur Herausgabe der Immobilien, weil das Eigenthum an denselben auf den Beklagten zur Zeit der Konkurserkennung noch nicht übergegangen gewesen sei.

Da indessen das Hess. Ingrossationsgesetz an den Rechten des gutgläubigen Besitzers, der actio Publiciana, der exceptio rei vend. et trad. nichts geändert habe,

Müller, Ingrossation im § 10 und 25

so könne insbesondere diese Einrede, nicht blos dem Verkäufer, sondern auch dessen Konkursmasse entgegengesetzt werden, wenn sie die verkauften und übergebenen Grundstücke vom Käufer und Besitzer vindiciren wollten. Dazu komme, daß zwar der Immobiliarkaufvertrag vom Verkäufer erst erfüllt wäre, wenn der Eintrag in das öffentliche Buch erfolgt sei. Diesen Eintrag vollziehe aber nicht der Verkäufer, sondern das Gericht, wenn alle Voraussetzungen dazu, wobei auch der Verkäufer mitzuwirken habe, vorlägen, von Amts wegen. Alle diese Voraussetzungen seien aber schon *vor* der Konkurserkennung über das Vermögen des Verkäufers B. vorhanden gewesen. Es hätte daher auch das Gericht den Eintrag zu vollziehen gehabt, da zu demselben eine Rechtshandlung des Verkäufers, resp. seiner Konkursmasse in keiner Weise mehr erforderlich gewesen wäre.

Im Wege der Revision kam dieser Rechtsfall an das Reichsgericht. Dasselbe bestätigte das gedachte O.L.Erkenntniß und dessen Gründe durch Urtheil des III. Civilsenats vom 23. Okt. 1883.

VI. Constitutum debiti alieni. Umfang der Haftpflicht des Constituenten bei Unterzeichnung eines gemeinschaftlichen Schuldscheins.

Mitgetheilt von Herrn Landgerichtsdirector Dr. **Stammler** in Gießen.

Kläger hat, wie er behauptet, der damals minderjährigen Beklagten und ihrem Vater verschiedene Waaren käuflich überliefert und baare Darlehen gegeben und auf Grund einer

Digitized by Google

nach erlangter Großjährigkeit der Beklagten von ihr und ihrem Vater unterschriebenen Bescheinigung unter der specificirten Rechnung: „daß sie vorstehende Waaren erhalten hätten, die Rechnung im Betrage von 771,83 M. für richtig anerkännten und jene Summe unter solidarischer Haftbarkeit zu bezahlen versprächen", den genannten Betrag gegen die Tochter allein eingeklagt. Dieselbe opponirte, nicht sie, sondern ihr Vater habe die Waaren und Darlehen erhalten. Durch ihre Unterschrift habe sie weder eine Bürgschaft übernommen, noch ein Schuldbekenntniß abgegeben, sondern nur bescheinigt, daß die Waaren in den Haushalt geliefert worden seien. Zur Zahlung einer solchen Haushaltungsschuld sei aber trotz der Unterschrift des Hauskinds nur der Hausvater verpflichtet. Jedenfalls sei ein constitutum debiti proprii seiner accessorischen Natur nach unverbindlich, wenn, wie hier, eine Principalobligation nicht bestanden habe. Schließlich wird noch geltend gemacht, der Kläger habe sie zum Unterschreiben durch die betrügerische Vorspiegelung verleitet, daß sie dadurch nicht haftbar werde, sondern ihr Vater der Schuldner bleibe.

Diese Einwendungen wurden in beiden Instanzen verworfen unter Verurtheilung der Beklagten nach dem Klagantrag. Die Gründe besagen:

In der allegirten Erklärung ist ein Erfüllungsversprechen, constitutum debiti, zugleich aber auch ein Anerkennungs- und Zahlungsversprechen einer eigenen Schuld enthalten. Wenn die Gültigkeit des Leistungsversprechens einer eigenen Schuld auch vom Bestehen dieser Schuld abhängig ist, so verdient doch die Bestreitung dieser Schuld keine Berücksichtigung, wenn, wie im Fragefall, durch ein Anerkenntniß und Zahlungsversprechen ein besonderer selbständiger Verpflichtungsgrund geschaffen worden ist. Bezüglich der Schuld des Vaters wurde durch die von der Beklagten abgegebene Erklärung eine besondere Verbindlichkeit der Letzteren begründet, welche die Erfüllung der Schuld des Vaters zum Inhalt hat und durch welche die Beklagte neben dem Hauptschuldner als Bürgin und Solidarschuldnerin zur Zahlung verpflichtet wird. (Die Beschränkungen der Frauenbürgschaften sind in Hessen aufgehoben). — Das weitere Vorbringen der Beklagten, daß sie durch Vorspiegelungen des Klägers zur Unterzeichnung der Urkunde verleitet worden sei, verdient keine Berück-

Digitized by Google

sichtigung. Denn der Inhalt dieser Vorspiegelungen — daß die Beklagte nicht zu haften habe, wenn sie auch die Urkunde unterschreibe, sondern nur deren Vater — selbst deren Wahrheit zugegeben, würde nicht geeignet sein, die exceptio doli zu begründen, weil durch diese Vorspiegelungen ein Irrthum der Beklagten darüber, welche rechtlichen Folgen ihre eigenen Handlungen haben würden, nicht begründet werden konnte, die Beklagte vielmehr in Folge ihrer unbestrittenen Handlungsfähigkeit die rechtlichen Wirkungen ihrer Handlungen selbst kennen mußte und deren Folgen zu tragen hat.

Urth. d. O.L.G. Darmstadt vom 27. Juni 1882 i. S. Gerson Katz zu Nidda w. Jacob Dieffenbach's Ehefrau zu Ortenberg.

VII. Welche Forderungen eines Wirthes für Verköstigung 2c. sind der kurzen Verjährungszeit unterworfen? Artikel 2271 Cod. civ.

Mitgetheilt von Herrn Dr. Berchelmann in Darmstadt.

Kläger belangte die Beklagten als Erben des verst. Oekonomen J. W. (seines Schwagers) für demselben vom 20. Juli 1876 bis zu seinem Tode 28. September 1878 verabreichte Kost und Verpflegung, welche während der letzten zwei Monate wegen Krankheit desselben in erheblicherem Maß in Anspruch genommen worden war, und weiter für demselben vom 20. Juli bis Ende 1876 und während der letzten zwei Monate seines Lebens gewährte Wohnung, sowie für verschiedene andere dem Genannten gemachte Auslagen je nach Verhältniß der Erbantheile derselben an dem Nachlaß auf den Gesammtbetrag von 2969 M. Die Beklagten opponirten der Klage u. A. die Einrede der Verjährung, da Kläger Wirth und seine Forderung als Wirthsschuld der kürzeren Verjährung von sechs Monaten unterworfen sei. Diese Einrede wurde indessen in zwei Instanzen als unbegründet verworfen, in letzterer aus folgenden Gründen:

Die Berufungskläger nahmen an, daß Kläger dem J. W., seinem Schwager, Verköstigung und Verpflegung in seiner

Digitized by Google

Eigenschaft als Wirth gegeben habe und darum hier die in Artikel 2271 des code civil bestimmte kurze Verjährungszeit von sechs Monaten Platz greife. Es wird behauptet, daß unter allen Umständen jede Forderung eines Wirths für Verabreichung von Speisen und Getränken, für Logis und Bedienung, gegen wen sie auch gerichtet sein möge, unter die kurze Verjährungszeit von sechs Monaten falle. Dies erscheint denn doch offenbar viel zu weit gegangen. Die fragliche Bestimmung enthält ein Ausnahmegesetz und ist als solches stricte zu interpretiren. Das Gesetz hat offenbar nur solche Verabreichungen und Leistungen im Auge, welche ihrer Qualität nach als solche erscheinen, die von einem Wirth in dieser seiner Eigenschaft gewährt zu werden pflegen und die mit dem esprit du speculation eines Wirths gewährt worden sind. Es kommt lediglich darauf an, ob die Forderung sich als eine Wirthsschuld charakterisirt oder nicht. Niemand wird z. B. annehmen wollen, daß die Forderung eines Pflegevaters an sein Pflegekind aus dessen Pflege blos darum, weil er Wirth ist, der kurzen Verjährung von sechs Monaten unterworfen sei. Ebenso verhält es sich aber mit der Forderung an einen in Pflege genommenen nahen Verwandten, soweit sie aus diesem Verhältniß erwachsen ist. Gilbert sagt in den codes annotées de Sirey zu Artikel 2271 und 2272 wörtlich:

> „mais ni la prescription de six mois, ni celle d'un an, ne sont opposables à ceux qui sans esprit de spéculation ont reçu à leur table, moyennant une indemnité, des personnes parantes ou amies",

und dem schließen sich in den von Gilbert angegebenen Stellen Troplong und Duranton an.

Ganz als auf ein solches verwandtschaftliches Verhältniß gegründete Ausgaben und Leistungen stellt sich aber die hier in Rede stehende Forderung dar, mag man ihr nun als Rechtsverhältniß einen stillschweigend durch concludente Handlungen abgeschlossenen Vertrag oder eine Geschäftsführung und Verwendung in das Vermögen des Verpflegten zu Grund legen und ganz abgesehen davon, daß auch unter den Ausgaben sich solche befinden, die mit der Eigenschaft eines Wirths ganz und gar nicht zusammenhängen, z. B. Besorgung der Wäsche und Krankenpflege. Es hat aber nach diesem Allem der

Digitized by Google

vordere Richter mit Recht die Einrede der Verjährung verworfen.

Urth. 2. Civils. O.L.G's. zu Darmstadt vom 21. Mai 1881 i. S. des Chr. W. und Cons. Bekl., Ber.-Kl., g. Bierbrauer Peter E., w. Ford. U. 121/81.

VIII. Syndicatsklage gegen einen Bürgermeister aus Führung eines Processes für die Gemeinde ohne Genehmigung des Gemeinderaths.

Mitgetheilt von Herrn Landgerichts-Direktor Dr. Stammler in Gießen.

Die Gemeinde Burg-Gemünden hatte wegen einer Forderung an den Pachter S. im Executionsverfahren eine Kuh pfänden und versteigern lassen. Es traten danach aber K. und H. gegen die Gemeinde klagend mit dem Anspruch auf, daß die Kuh ihr Eigenthum gewesen sei. Der Bürgermeister nahm, ohne einen ordnungsmäßigen Gemeinderathsbeschluß darüber zu erwirken, den Proceß auf und verlor ihn. Der Gemeinde erwuchsen hierdurch 949 M. Kosten, welche sie nun gegen den Bürgermeister einklagte. Derselbe wandte ein:

1. Artikel 48 der hessischen Landgemeindeordnung vom 15. Juni 1874 berechtige und verpflichte den Bürgermeister zur selbständigen Proceßführung; einer Genehmigung des Gemeinderaths dazu bedürfe es nicht.

2. Der Gemeinderath habe übrigens seine Genehmigung ertheilt, wenn auch nicht durch einen protocollarisch abgefaßten Beschluß. Eventuell genüge die einfache Genehmigung der Mehrheit der Gemeinderathsmitglieder, welche hier vorgelegen habe.

3. Hiernach habe der Bürgermeister nur für culpa in seiner Proceßführung einzustehen, die ihm nachzuweisen gewesen wäre, die aber in keiner Weise vorliege. Dafür, daß in der Aufnahme und Führung des Processes kein Verschulden gelegen, dieselbe vielmehr als im wohlverstandenen Interesse der Gemeinde nöthig erschienen, werde sich auf die Acten dieses Processes und den Rechtsanwalt, der die Ge-

Digitized by Google

meinde damals vertreten, bezogen. — Jener Proceß sei auch nur zu dem vorausgegangenen Executionsverfahren gegen Pachter S. hinzugetreten, habe sich da nur hineingeschoben und da der Bürgermeister zu diesem legitimirt gewesen, so sei er es auch gewesen, den in Folge davon gegen die Gemeinde angestrengten Proceß aufzunehmen. Er sei gar nicht berechtigt gewesen, nachzugeben, vielmehr habe er den Proceß aufnehmen müssen, eine einfache Mittheilung seinerseits an den Gemeinderath hätte im Grunde daher genügt, und letzterer hätte, falls er anderer Meinung gewesen wäre, ihm die Fortführung des Processes geradezu verbieten müssen.

Diese Einwendungen wurden in beiden Instanzen aus folgenden Gründen verworfen:

Nach der früheren hessischen Gemeindeordnung von 1821 konnte es keinem Zweifel unterliegen, daß der Gemeinderath über die Erhebung und Aufnahme von Processen seiner Gemeinde unter Beobachtung bestimmter Förmlichkeiten zu beschließen und die Ermächtigung dazu sodann bei der oberen Verwaltungsbehörde einzuholen hatte. Unterließ er letzteres, so waren die Mitglieder des Gemeinderaths, welche für die Führung des Processes gestimmt hatten, unter Umständen persönlich verpflichtet, die Proceßkosten zu tragen und dem Gegner zu erstatten. Erst wenn diese Formalitäten erfüllt waren, war der Bürgermeister, als handelnde und ausführende Behörde in der Gemeindeverwaltung, allein und zwar durch die Autorisationsurkunde des Administrativ-Justizhofs, bezw. das Berathungsprotokoll des Gemeinderaths, ohne daß es einer weiteren Vollmacht des letzteren bedurft hätte, zur Proceßführung legitimirt.

An diesen Grundsätzen ist im Allgemeinen durch die Landgemeindeordnung von 1874 nur soviel geändert, daß es gegenwärtig zu Rechtsstreiten der Genehmigung der oberen Aufsichtsbehörde nicht mehr bedarf; im Uebrigen ist insbesondere nach wie vor ein Gemeinderathsbeschluß darüber erforderlich. Es ist dies zwar nicht so direct und bestimmt ausgesprochen, wie in der früheren Gesetzgebung und es enthalten auch die Motive zum Gesetz und die Kammerverhandlungen nichts Näheres über diesen Punkt, aber es geht doch aus den allgemeinen Grundsätzen der Landgemeindeordnung und speciell auch aus Art. 47 hervor.

Digitized by Google

Der 4. Abschnitt handelt nämlich von den Geschäften des Gemeinderaths und bestimmt in Art. 36, daß der Gemeinderath über alle Gemeinde-Angelegenheiten zu beschließen hat, soweit dieselben nicht ausschließlich dem Bürgermeister überwiesen sind. Daß an und für sich die Führung von Rechtsstreiten zu den wichtigeren Gemeinde-Angelegenheiten gehört, wird nicht bestritten werden können. Was ferner die Voraussetzung eines gültigen Gemeinderathsbeschlusses bildet, ist in den Art. 40 und 41 näher bestimmt. — Der Art. 47 in diesem 4. Abschnitt endlich handelt von den Beschlüssen des Gemeinderaths, die einer kreisamtlichen Genehmigung bedürfen. Diese soll bei Rechtsstreiten nicht mehr erforderlich sein. Damit ist also gesagt, daß der Gemeinderath den Beschluß selbst nach wie vor zu fassen hat. — Was die Geschäfte des Bürgermeisters betrifft, so sind diese in einem besonderen, dem 5. Abschnitt enthalten. Er ist wesentlich die handelnde und ausführende, die Gemeinde nach außen vertretende Behörde und hat insbesondere nach Art. 48 Pos. 2 die Beschlüsse des Gemeinderaths vorzubereiten und auszuführen. Will daher eine Gemeinde klagen oder wird sie verklagt, so hat der Bürgermeister den ordnungsmäßigen Beschluß des Gemeinderaths zu erwirken und alsdann diesen Beschluß auszuführen. In diesem Sinne allein ist Art. 48 Pos. 8 zu verstehen, indem der Bürgermeister nur den beschlossenen Proceß zu führen, den Anwalt zu bestellen und Anderes vorzukehren hat. Die entgegen stehende Ansicht des Vertreters des Beklagten vindicirt dem Bürgermeister eine durch das Gesetz nicht gewollte Competenz, die gewiß auch ihre höchst bedenklichen Seiten haben würde. — Ebenso ist daran festzuhalten, daß nicht ein einfacher formloser Beschluß des Gemeinderaths genügt, sondern daß als gültiger Gemeinderathsbeschluß nur ein den Erfordernissen der Art. 40 und 41 entsprechender Beschluß zu betrachten ist. Der Zweck dieser Formalvorschriften, namentlich daß das Resultat der Abstimmung im Gemeinderath niedergeschrieben und von den Abstimmenden unterschrieben werde, ist, wie bei den Solemnisationserfordernissen für andere wichtige Acte, der, eine Garantie dafür zu verschaffen, bezw. zu erhöhen, daß die betreffenden Beschlüsse vorher reiflich erwogen und gefaßt worden sind. Fehlen daher die gesetzlichen Erfordernisse über

Digitized by Google

das Zustandekommen solcher Beschlüsse, so existiren sie einfach nicht und können nicht durch eine formlose oder gar stillschweigende Zustimmung des Gemeinderaths ersetzt werden. Ein solcher formgültiger, niedergeschriebener und unterschriebener Gemeinderathsbeschluß liegt in concreto nicht vor, daher die Proceßführung des Beklagten sich in der That als eine eigenmächtige darstellt, für deren Folgen er persönlich einzustehen hat.

Daß die Legitimation des Beklagten zu dem vorausgegangenen Executionsverfahren gegen den Pachter S. ohne Einfluß auf die Frage seiner Legitimation zur Führung eines selbständigen Rechtsstreits gegen K. und H. war, bedarf keiner weiteren Ausführung. Eben so unerheblich erscheint es auch von diesem Standpunkte aus, ob die Proceßführung an und für sich im wohlverstandenen Interesse der Gemeinde gelegen, ob der Rechtsanwalt dem Beklagten seiner Zeit eine falsche Belehrung über seine Berechtigung zur selbständigen Führung des Processes ertheilt hat, ob es sich dabei um selbständige Erhebung oder Aufnahme eines Processes handelte und endlich, ob sich die Mehrzahl der Gemeinderathsmitglieder bei einer Berathung für die Proceßführung ausgesprochen, ohne daß doch ein förmliches Protocoll darüber zu Stande kam.

Urth. des O.L.G. Darmstadt vom 3. Juli 1882 i. S. der Gemeinde Burg-Gemünden w. Bürgermeister Sann.

IX. Klagrecht der Gemeinde für Einzelne ihrer Mitglieder.

Mitgetheilt von Herrn Landgerichts-Director Dr. Stammler in Gießen.

In der Gemarkung der Gemeinde Allertshausen liegt ein Gütercomplex, das sogen. Climbacher Feldchen, welches verschiedenen Einwohnern der Gemeinde Climbach gehört. Dieselben benutzen, um auf ihre Grundstücke zu gelangen, zum Gehen und Fahren einen durch die Gemarkung der Gemeinde Allendorf ziehenden und dieser gehörigen Weg, wurden aber hierin gestört und deshalb erhob die Gemeinde Climbach Klage auf Anerkennung des Rechts zur Benutzung jenes Wegs

Digitized by Google

durch ihre Gemeindeangehörigen, während sich später ergab, daß nur die Besitzer von Grundstücken in der fragl. Gewann daran interessirt sind. Die Beklagte bestritt die Activlegitimation und das Landgericht wies nach stattgehabtem Beweisverfahren die Klage ab, indem es ausführte:

Die Gemeinde Climbach nimmt das fragl. Gang- und Fahrtrecht für die Gesammtzahl ihrer Angehörigen in Anspruch; es müßte daher dieses Recht in irgend einer Beziehung zur Gemeinde stehen, von den Berechtigten als Einwohnern Climbach's, als Gemeindegliedern, mithin Namens der Gemeinde ausgeübt worden sein. Mindestens aber müßte es, wenn auch nicht allen Mitgliedern, so doch einer bestimmten Klasse derselben zustehen. Dagegen geht es nicht an, daß die Gemeinde die Rechte eines einzelnen Ortsbürgers oder auch mehrerer vertritt, wenn eine Beziehung des Rechts zur Gemeinde nicht erkennbar ist. Der streitige Weg hat aber für die Gemeinde als solche kein Interesse, sondern nur für Diejenigen, welche zufällig in dem sogen. kleinen Feldchen, also dazu in einer fremden Gemarkung, begütert sind, und darum ist die Vertretung derselben durch die Gemeinde ausgeschlossen. Die gegentheilige Annahme würde dahin führen, daß kaum ein Fall denkbar wäre, in welchem die Gemeinde in derartigen Processen ihre Mitglieder zu vertreten nicht befugt wäre.

Das Oberlandesgericht reformirte aus folgenden Gründen:

Es ist festgestellt, daß das sogen. Climbacher Feldchen ausschließend nur von Climbacher Einwohnern besessen und benutzt wird und daß dasselbe, wenn es auch in Bezug auf die Erhebung der Staatssteuern der Gemarkung Allertshausen zugetheilt ist, doch jetzt noch in einer gewissen Zusammengehörigkeit zu der klagenden Gemeinde steht, indem es an diese die Communalsteuern entrichtet. Es ist ferner durch die Beweisaufnahme erwiesen, daß die Zeugen bei Ausübung der von ihnen bestätigten Besitzeshandlungen in der Eigenschaft als Gemeindeglieder gehandelt haben. — Die Behauptung der Beklagten endlich, dahin gehend: daß die Klage abgewiesen werden müsse, weil in derselben ein für die Gemeinde Climbach erworbenes Gang- und Fahrtrecht für die sämmtlichen Ortseinwohner in Anspruch genommen worden sei, während das Beweisverfahren doch ergeben habe, daß die Besitzeshandlungen nur von denjenigen Mitgliedern vorge-

Digitized by Google

nommen worden seien, welche Grundstücke im sogen. kleinen Feldchen besessen hätten, konnte für rechtlich begründet nicht erachtet werden, da, wie dieses auch in der Rechtsprechung des früheren Oberappellationsgerichts stets anerkannt wurde (vgl. Seuffert's Arch. Bd. 26, Nr. 4 und Bd. 29, Nr. 12), eine Gemeindesache nicht bloß in Ansehung derjenigen Rechte angenommen wird, welche unmittelbar der Gemeindekasse oder sämmtlichen Ortseinwohnern zu Gute kommen, sondern auch hinsichtlich solcher Berechtigungen, welche nur einzelnen Klassen derselben zustehen, bei welchen bestimmte Voraussetzungen zutreffen, wie z. B. im vorliegenden Falle der Besitz gewisser Grundstücke, deren Complex als das herrschende Grundstück in Betracht zu kommen hat.

Urth. des O.L.G. Darmstadt vom 16. Februar 1881.

X. 1. Rechtsmittel des Anschlußpfandgläubigers gegen den Vorpfandgläubiger. 2. Wirkung der Pfändung zu Gunsten eines Rechtsnachfolgers des Gläubigers, wenn die Ertheilung der Vollstreckungsclausel nicht von dem Vorsitzenden des Gerichts angeordnet war.

Mitgetheilt von Herrn Landgerichts-Direktor Dr. Stammler in Gießen.

Gebrüder Kr. hatten gegen Abr. L. am 5. Mai 1879 ein Urtheil auf Bezahlung von 834,05 M. erwirkt und dann, am 29. April 1880, ihre Forderung an H. L., den Sohn des Beklagten, cedirt. Am 28. Juni 1880 wurde jenes Urtheil durch den Gerichtsschreiber mit der Vollstreckungsclausel zu Gunsten der Kläger versehen, ohne den Rechtsnachfolger zu erwähnen. Letzterer erwirkte indessen am 10. Juli 1880 die Pfändung einer größeren Anzahl von Forderungen des Schuldners an Dritte. Mittlerweile hatte auch J. C. M. gegen Abr. L. Klage erhoben, in deren Folge dieser am 24. Juni 1880 zur Zahlung von 1398,83 M. verurtheilt

Digitized by Google

wurde. Auch für diese Schuld wurden am 10. August 1880 dieselben Forderungen gepfändet. Nun erhob J. C. M. am 24. September 1880 gegen H. L. auf Grund des § 710 der C.P.O. Klage auf Anerkennung seines Besserrechts und Geschehenlassen seiner vorzugsweisen Befriedigung aus jenen Forderungen, weil die Vollstreckungsclausel, auf welche hin die Pfändung für den Beklagten vollzogen worden sei, den Vorschriften der §§ 666 und 671 der C.P.O. nicht entspreche, die Pfändung selbst darum nichtig sei.

Das Landgericht wies die Klage ab, von folgenden Erwägungen ausgehend:

Nach § 710 der C.P.O. könne der Pfändung einer Sache ein Dritter, welcher sich nicht im Besitze der Sache befinde, auf Grund eines Pfand- oder Vorzugsrechts nicht widersprechen, jedoch seinen Anspruch auf vorzugsweise Befriedigung aus dem Erlöse im Wege der Klage geltend machen. Hiermit könne, wie sich schon aus dem Wortlaut des Gesetzes und aus der Natur der Sache ergebe, der Gläubiger nicht gemeint sein, welcher ein gerichtliches Pfandrecht im Zwangsvollstreckungsverfahren erwirkt habe. Denn von ihm brauchte nicht gesagt zu werden, daß er einer anderweiten Pfändung derselben Sache für einen anderen Gläubiger nicht widersprechen könne, da sich dies nach § 727 und 728 der C.P.O. von selbst verstehe. Es seien hier vielmehr gerade solche Pfandrechte gemeint, welche nicht durch Pfändung im Zwangsvollstreckungsverfahren entstanden seien, z. B. das gemeinrechtliche Pfandrecht des Vermiethers an den Illaten des Miethers, so lange Ersterer nicht in Ausübung seines Retentionsrechts Besitz ergriffen habe, die in den §§ 409 und 624 des H.G.B. constituirten Pfandrechte des Frachtführers und Verfrachters nach Ablieferung des Guts, das Pfandrecht eines früheren Faustpfandgläubigers, der ohne seinen Willen den Gewahrsam verloren habe (Comm. v. Struckmann u. Koch, 3. Aufl. S. 656 f., von Seuffert S. 788, v. Wilmowski u. Levy S. 533, v. Endemann Bd. III. S. 211). Kläger hätte sich nach den §§ 736 und 750 der C.P.O. die fraglichen Forderungen überweisen lassen und die Drittschuldner zur Hinterlegung ihrer Schuldbeträge auffordern, bezw. dieselben hierauf verklagen und sodann, falls die hinterlegten Beträge zu seiner und des Beklagten Befriedigung nicht hingereicht hätten, Einleitung des

Digitized by Google

Vertheilungsverfahrens nach § 758 ff. der C.P.O. beantragen können. In diesem Verfahren würde ihm, wenn das Gericht darin ausgesprochen hätte, daß die beklagtische Forderung aus den hinterlegten Beträgen in erster Linie zu befriedigen sei, Gelegenheit gegeben worden sein, seine besseren Rechte dem Beklagten gegenüber zur Geltung zu bringen, nöthigenfalls durch Erhebung der in § 764 gegebenen Klage, in welcher er seine Einwendungen gegen den Rechtsbestand der beklagtischen Forderung geltend machen, jedenfalls aber die Priorität seines Pfandrechts, den Anspruch auf vorzugsweise Befriedigung durch den Nachweis der Nichtigkeit des beklagtischen Pfandrechts hätte darthun können.

Das Oberlandesgericht verwarf die hiergegen verfolgte Berufung, jedoch aus anderem Grunde. Es führte aus:

§ 710 der C.P.O. sei auf alle Fälle zu beziehen, in welchen das Pfand- oder Vorzugsrecht bestritten werde. Die hier gegebene Prioritätsklage sehe gerade den Fall vor, wo der dritte nicht besitzende Pfandgläubiger seine Rechte nicht durch Widerspruch gegen die Veräußerung, wie in § 690, sondern durch das Verlangen vorzugsweiser Befriedigung aus dem Erlöse geltend machen könne. Eine Verweisung des Klägers auf das Vertheilungsverfahren könne danach nicht gutgeheißen werden, und zwar um so weniger, als dieser Rechtsbehelf nur ein dem Gläubiger gewährter facultativer sei. Die von den Commentatoren angeführten Fälle, wie dieser Gesetzesparagraph wohl practisch werden könne, seien nur Beispiele und schlössen andere Fälle der Anwendung nicht aus.

Dagegen erscheine die Klage unbegründet, weil der formelle Rechtsbestand der zu Gunsten des Beklagten erfolgten, der Zeit nach unbestritten älteren Pfändung durch die allerdings nicht correcte Vollstreckungsclausel nicht beeinträchtigt werde. Unzweifelhaft liege eine Verletzung der Formvorschriften der §§ 665, 666, 671 der C.P.O. in Betreff der Rechtsnachfolge des Beklagten bei der Ertheilung der Vollstreckungsclausel auf dem Urtheil vom 5. Mai 1879 vor. Denn sie sei nur den Klägern, den Gebrüdern Kr., ertheilt und nur von dem Gerichtsschreiber unterzeichnet. Der jetzige Beklagte, für welchen die Zwangsvollstreckung factisch erwirkt und vollzogen worden sei, sei darin nicht namentlich bezeichnet und dessen Rechtsnachfolge weder durch eine öffentliche Urkunde

Digitized by Google

nachgewiesen, noch als offenkundig bei dem Gericht zu erachten, auch nicht als offenkundig erwähnt. Auf die Kläger, Gebrüder Kr., habe die Vollstreckungsclausel nicht mehr ausgestellt werden können, weil sie sich ihrer Rechte schon vorher durch Cession begeben gehabt, mithin gar nicht mehr in der Lage gewesen seien, die Fortsetzung des Verfahrens zu beantragen, und auf den Cessionar habe sie nicht gelautet. Es bleibe hiernach nur zu entscheiden, ob die Vorschriften der §§ 665 und 671 der C.P.O. nur zum Schutz des Schuldners gegeben seien oder ob auch ein Dritter den Einwand der Nichtigkeit einer unter Verletzung dieser Vorschriften ertheilten Vollstreckungsclausel und daraufhin erwirkten Zwangsvollstreckung geltend machen könne. — Das Berufungsgericht habe sich für die erste Ansicht entschieden, dafür, daß der Mangel obiger Vorschriften bei Ertheilung einer Vollstreckungsclausel keine absolute Nichtigkeit zur Folge habe, ein Versehen in dieser Richtung vielmehr nur von dem Schuldner geltend gemacht werden könne. Unzweifelhaft habe die entgegengesetzte Ansicht viel für sich, daß nämlich eine unter Nichtbeobachtung der Formvorschriften in Betreff der Vollstreckungsclausel für den Rechtsnachfolger erfolgte Zwangsvollstreckung nichtig sei und daß, was nichtig von Anfang geschehen sei, auch Dritten gegenüber nicht wirken könne und weiter jedem dritten Interessenten, nicht bloß dem Schuldner, gestattet sein müsse, auf den Ursprung der Pfändung zurück zu gehen und sich auf die Nichtigkeit des zu Grunde liegenden Akts der Vollstreckungsclausel zu berufen. Allein das Gesetz spreche doch nur von den Einwendungen des Schuldners, welche die Zulässigkeit der Vollstreckungsclausel beträfen und dem entsprechend werde in den Motiven S. 411 über den Zweck der Vorschriften in § 671 bemerkt, daß dem Schuldner durch diese Vorschriften Gelegenheit gegeben werden solle, die Zulässigkeit der Vollstreckungsclausel zu prüfen und eventuell auf Grund des § 668 der C.P.O. Einwendungen dagegen zu erheben. Habe daher das Gericht die Prüfung der Rechtsnachfolge zum Schutz des Schuldners vorgenommen und dann die Vollstreckungsclausel ertheilt und beruhige sich der Schuldner selbst bei den hierbei unterlaufenen Versehen, so müsse als Ausdruck des Gesetzes betrachtet werden, daß ein Dritter dann keinen Einwand aus der mangelnden Beobachtung der fragl. Form-

Digitized by Google

vorschriften herleiten könne, um den formellen Rechtsbestand der Pfändung selbst anzufechten. — In concr. liege eine formell richtige Pfändung vor, die voraus gegangene fehlerhafte Vollstreckungsclausel hätte nur eine relative Nichtigkeit begründet, die indeß, weil sie der Schuldner Abr. L. nicht gerügt habe, als sanirt zu erachten sei. Kl. hätte unter diesen Umständen gegen die Pfändung des Beklagten wegen wesentlicher Mängel des Pfandacts selbst aufkommen können, wegen der Fehlerhaftigkeit der ursprünglichen Vollstreckungsclausel aber, auf Grund deren die Pfändung zu Gunsten des H. L. nun einmal ordnungsmäßig stattgehabt habe, könne er den formellen Rechtsbestand der letzteren nicht mehr anfechten. Ihm gegenüber bleibe die frühere Pfändung verbindlich, wenn schon die derselben vorausgegangene Vollstreckungsclausel fehlerhaft gewesen sei.

Urth. des O.L.G. Darmstadt vom 18. Mai 1881 i. S. Meischke gegen H. Lilienstern.

Digitized by Google

C. Nekrolog.

Dr. Emil Hoffmann.

Am 14. Nov. 1883 verschied im Alter von 75 Jahren der Mitbegründer und langjährige Herausgeber dieses Archivs, Oberappellations- und Cassationsgerichtsrath i. P. Dr. Emil Hoffmann zu Darmstadt. In Großen-Linden bei Gießen als Sohn des dortigen Pfarrers, 1808 geboren, ward er nach der Universitätszeit und dem damals lange währenden Vorbereitungsdienst 1838 Anwalt (Hofgerichtsadvokat) in Darmstadt, 1848 Assessor und 1853 Rath beim das. Hofgericht, 1873 Mitglied des höchsten hessischen Gerichts, des Ober-Appellations- und Cassationsgerichts. In letzterer Eigenschaft trat er bei Einführung der Reichsjustizgesetze in Ruhestand. In diesen äußerlich sehr einfachen und gleichmäßigen Lebenslauf kam nur einmal ein Schwanken; es fragte sich 1869 um seinen Eintritt ins Bundesoberhandelsgericht. Der Bundes-Kanzleramts-Präsident Delbrück schrieb ihm, daß dieser Eintritt „hier, wie gewiß auch in der juristischen Welt, als ein Gewinn für diesen Gerichtshof betrachtet werden würde." Die Eigenthümlichkeit des letzteren gebiete indessen, bei der Wahl seiner Mitglieder nicht blos die persönliche Qualifikation entscheiden zu lassen, sondern auch den Umfang und die Handelsbedeutung der verschiedenen Staats- und Rechtsgebiete zu beachten, über welche sich die Zuständigkeit des neuen Gerichtshofs erstrecken werde. In letzterer Beziehung nehme aber Oberhessen (welches bekanntlich damals allein dem norddeutschen Bund angehörte) eine so wenig hervorragende Stellung ein, daß die Berufung eines dem Großherzogthum angehörenden Juristen in den Gerichtshof z. Z. nicht ins Auge zu fassen sei.

Digitized by Google

Hoffmanns juristisch literarischen „Erstlinge", wie er sie selbst nennt, waren seine und F. Fuhrs, des leider zu früh (1860) verstorbenen Altersgenossen, Freundes und Mitstrebenden „Civilistische Versuche", Darmstadt 1835, „Erzeugnisse der Mußestunden, welche die Geschäfte der von uns ergriffenen praktischen Laufbahn übrig ließen." Es folgte 1838 und 1845 „die Lehre von den Servituten nach Römischem Recht, — eine civilistische Abhandlung," wie er bescheiden das zweibändige Werk nennt.

Jene Jahre waren eine Zeit regen juristischen Lebens in Hessen; die Regierung bereitete neue Gesetzbücher für das Land vor, veröffentlichte ihre Entwürfe und ließ an in- und ausländische Juristen die Aufforderung ergehen, ihre Ansichten darüber zu äußern. Hatte H. dies schon in beschränkterer Weise bei dem Entwurf des Strafgesetzbuchs gethan, so umfänglicher bei dem eines bürgerlichen Gesetzbuchs; 1845 erschienen seine „Beiträge zur Beurtheilung des Entwurfs der ersten Abtheilung des bürgerlichen Gesetzbuchs für das Großherzogthum Hessen", behandeln das Ehe-, Eltern- und Vormundschaftsrecht. Man ersah daraus, wie er nicht blos bestehendes Recht klar zu erfassen und darzulegen, sondern auch bei der Schaffung neuen Rechts trefflich mitzuarbeiten wußte. Und zwar tritt hier, wie gleich in seinen ersten Arbeiten, ganz der ihm eigenthümliche wissenschaftliche Charakter zutage, dem er sein Lebenlang treu geblieben ist. Schon in der Vorrede zum 1. Band der Servituten tadelt er verschiedene Arbeiten hierüber, indem er an die Worte des Dichters erinnert:

„Die Theile hat man in seiner Hand,
Fehlt leider nur das geistige Band",

und als Bestes den Commentar von Donellus bezeichnet, „wo dieser geniale Kopf sein großes systematisches Talent wieder bewährt hat". Diesem war er in der That geistesverwandt, nach der Fülle selbständiger Ideen und nach der besonderen Befähigung zum Systematisiren. Diese Eigenschaften: neben außerordentlichen Kenntnissen, unterstützt durch ein ungewöhnliches Gedächtniß, einen philosophischen Kopf und systematisirenden Geist, hat er überall in der Folge bewährt, allerdings nicht immer zur Freude des bloßen Praktikers, der die ihn gerade beschäftigende Frage am liebsten

Digitized by Google

in terminis entschieden zu finden wünscht. H. ging stets selbständig denkend vor (das tanquam e vinculis sermocinantur Bacos war ihm völlig fremd) und mußte seinen Stoff als Ganzes geistig bewältigt haben, ehe er ans Schreiben ging. „Durch die Beschränkung des Raumes (heißt es in der Vorrede zu den „Beiträgen") war der Verfasser außer Stand gesetzt, in einer Einleitung, wie er es gewünscht hätte, sich näher über das Verhältniß eines Gesetzbuchs zu dem früheren Rechtszustand, sowie über das Verhältniß eines Civilgesetzbuchs zu den anderen Theilen der Gesetzgebung und endlich über das Verhältniß der einzelnen Theile eines Civilgesetzbuchs zu einander auszusprechen." Fehlen diese principiellen Erörterungen, so geht H. in dem, was er wirklich bietet, doch nicht minder principiell zu Werk, entwickelt überall von allgemeinen Gesichtspunkten aus, arbeitet immer aus dem Vollen, verliert sich nie blos in zusammenhangloſe Einzelbemerkungen zu den einzelnen Artikeln.

Das Jahr 1848 machte diesen ganzen Gesetzgebungsarbeiten ein Ende, und als diese Sturm- und Drangjahre vorbei und die hochstrebenden Ziele derselben für geraume Zeit zurückgelegt waren, als man sich wieder einrichtete alltäglich weiter zu leben, da entstand bei ihm und Anderen der Plan zur Gründung des „Archivs für praktische Rechtswissenschaft." Ueber Zweck und Absicht desselben sich zu verbreiten hat keinen Sinn, wo dieser Nekrolog in dem „Archiv" selbst erscheint und dieses in seinen jetzt vorliegenden 23 Bänden für sich selbst spricht. H., der durch seine wissenschaftlichen Arbeiten die Aufmerksamkeit der Regierung auf sich gezogen hatte, war 1848 in das Hofgericht berufen worden und da fand er das seiner ganzen Art entsprechendste Gebiet seiner Thätigkeit, den Richterberuf. Aus ihm entnahm er zugleich Stoff und Anregung für seine literarische Thätigkeit. Seine Relationen waren, wenn sich nur irgendwie ein principieller Gesichtspunkt daraus gewinnen ließ, kleine Abhandlungen und aus gar mancher hiervon sind jene größeren herausgewachsen, die dann vorzugsweise im „Archiv" abgedruckt wurden. Dem Archiv blieb er als Mitarbeiter treu bis zuletzt, und es ist kaum ein Band, der ihm nicht Werthvolles verdankt. Die Namen der anderen Mitherausgeber wechselten, der seinige ist es allein, der auf dem

Digitized by Google

Titelblatt des 1. und noch des 23. Bandes steht. Manche Jahre hindurch war er auch der wirkliche und alleinige Herausgeber, bis er diese Arbeit an jüngere Kräfte abtrat. Wer die vielen Bände durchblättert, wird staunen über die reiche Fülle von Aufsätzen, meist aus dem bürgerlichen (Römischen und Deutschen) Recht und aus dem Wechselrecht; aus dem Civilprozeß nur, soweit es sich um das Grenzgebiet dessen und des materiellen Rechts handelt; aus dem Strafrecht nur ganz ausnahmsweise.

Die bedeutendste Arbeit H.'s war seine „Ausführliche Erläuterung der allgemeinen deutschen Wechselordnung nebst einer Einleitung in das Wechselrecht," Gießen 1859, die in Fachkreisen die rühmlichste Anerkennung fand. Sie hatte übrigens ihre Vor- und Nachläufer in einer Reihe von Aufsätzen über wechselrechtliche Einzelmaterien, theils im „Archiv", theils in Goldschmidts Zeitschrift für Handelsrecht (insbes. „Darstellung und kritische Beleuchtung der neueren Theorien des heut. Wechselinstituts", Bd. 12), theils selbstständig: „Grundzüge des sogen. civilen Wechselrechts", Gießen 1862. Das Wechselrecht war ihm auch die Brücke zu verschiedenen handelsrechtlichen Materien, die er eine Zeit lang mit besonderer Vorliebe bearbeitete.

Die letzten Bände des „Archivs" enthalten von ihm Aufsätze über die Regulierung „der ehelichen Güterverhältnisse in ihren Hauptpunkten" und „des dinglichen Mobiliarschutzes", beides „namentlich mit Rücksicht auf die bevorstehende deutsche Civilgesetzgebung", Arbeiten, in den Grundzügen identisch mit Denkschriften, welche er der Commission für das deutsche bürgerliche Gesetzbuch überreichte und welche da mit Dank und Anerkennung aufgenommen wurden. Dieser Gesetzgebung galt überhaupt das juristische Interesse seiner letzten Jahre. Kehrte da doch wieder, woran er sich in jüngeren Jahren seine Sporen verdient hatte: eine umfängliche Gesetzgebungsarbeit, nur entzogen dem kleinen Bereich eines deutschen Partikularstaats und erhoben auf die Unterlage des großen deutschen Reichs mit seiner ganzen Fülle geistiger Kräfte. Zu dem juristischen Interesse kam das patriotisch nationale, und dies war eine stark und gewaltig in ihm wohnende und wirkende Kraft. H. war kein Politiker im eigentlichen Sinn; gemäßigt liberal, nahm er zwar

Digitized by Google

an den Tagesfragen lebhaften Antheil, stieg aber nicht in die politische Arena herab; es widersprach dies ebenso seinen Neigungen, wie seiner Stellung als Richter; aber was ihn jederzeit voll und ganz in Anspruch nahm, das war der deutsch nationale Gedanke. Als 1859 ein Riß durch Deutschland ging, von dem man befürchten mußte, er werde nie mehr heilen, da widmete er sein „Wechselrecht" „dem deutschen Vaterlande", und in der Vorrede dazu setzte er nicht nur die deutsche Wechselordnung sachlich über die betr. Bestimmungen des Code de commerce, sondern meinte auch: „In der jetzigen trüben und verhängnißvollen Zeit, in welcher der Einfluß Frankreichs auf unser Vaterland auf eine sehr bedrohliche Weise sich immer mehr geltend zu machen sucht, sollte man alle gemeinsamen Bänder unsres Vaterlandes mehr zusammenhalten." „Sollte diese Schrift nur hier und da zur Vermehrung und Erhöhung des nationalen Bewußtseins beitragen, so findet der Verfasser sich schon überreichlich belohnt."

So bewies er denn auch seine Theilnahme an der Ausarbeitung eines deutschen bürgerlichen Gesetzbuchs durch Uebersendung der erwähnten Arbeiten an die Commission in Berlin, wobei er theilweise an ältere Arbeiten anknüpfen konnte.

In den letzten Jahren seines Lebens waren Arbeitsmuth und Arbeitskraft geschwunden. Er lebte der wohlverdienten Ruhe und sein vielseitiges geistiges Interesse, insbesondere für Philosophie, schöne Literatur und Geschichte, ein Interesse, dem er sein ganzes Leben hindurch treu geblieben war, bot seinem stets regen Geiste reiche Nahrung.

Auf seine privaten Lebensverhältnisse einzugehen ist hier nicht der Ort; aber gesagt muß sein, daß er in wenn auch kinderloser, so doch höchst glücklicher Ehe lebte und daß hierin auch wesentlich der Grund für seine bis ins Alter währende Arbeitsfrische zu finden ist. Ebenso würde Wesentliches fehlen, wollten wir nicht seinen Unabhängigkeitssinn, seine Wahrhaftigkeit, seine Zuverlässigkeit in allen Lebenslagen erwähnen.

Wo der jur. Schriftsteller aus dem prakt. Juristen, namentlich aus dem Richter erwachsen ist, dürfen wir nicht unterlassen ihn auch in letzterer Eigenschaft zu charakterisiren. Wir können es nicht besser, als mit den einschlägigen Worten der Leichenrede.

Digitized by Google

„Ein Jurist durch und durch, ist er doch kein einseitiger, trockener Fachmensch gewesen. Nichts Menschliches ist ihm fremd geblieben. Mit offenem Sinn und richtigem Verständniß hat er die Erscheinungen auf den verschiedensten Gebieten des geistigen und des nationalen Lebens verfolgt; an den Gaben edler Dichtung und Tonkunst wie an großartigen oder lieblichen Scenen der Natur wußte er mit feiner Empfindung sich zu erfreuen; die monumentalen Werke unserer Geschichtsschreibung haben noch bis zum letzten Tage seinen Geist lebhaft beschäftigt.

Aber was den Richter macht, das ist nicht allein der Reichthum des Wissens und der universale Umfang der Bildung; es ist zuerst und zuhöchst noch ein Anderes, der Adel der sittlichen Gesinnung. Und hier dürfen wir erst im vollen und wahren Sinne sagen: unser Freund ist ein Richter gewesen, wie er sein muß. Ein Leben ist hier zum Abschluß gekommen, das vom ersten bis zum letzten Athemzuge dem Rechte und nur dem Rechte gewidmet gewesen ist. Was einer der classischen alten Juristen gesagt hat: ein Jurist müsse ein Priester des Rechts sein, das hat unser Freund im wahren Sinne erfüllt. Ihm ist das Recht ein Heiligthum gewesen, an das man nicht anders als mit reinem Sinn und reinen Händen herantreten darf, ein Stück einer ewigen, anbetungswürdigen Weltordnung, und nichts konnte seinem Sinn widerstrebender sein als jene Herabwürdigung des Rechts, die unter dem Vorgeben, das lösende Wort für alle Welträthsel gefunden zu haben, in dem Rechte nichts mehr zu erblicken weiß als eine Waffe im Kampf ums Dasein."

Und zum Schlusse noch Eins: H. schaffte nicht blos selber geistig, sondern besaß auch die seltene Gabe andere dazu anzuregen. So ist er manchem jungen Mann bedeutungsvoll für dessen ganze Entwickelung geworden; und auch der Schreiber dieser Zeilen kann nur voll innigstem Dank für die Anregung und die Förderung sein, die ihm von dem Verstorbenen geworden ist.

Darmstadt, im April 1884.

A. Buchner.

Digitized by Google

D. Literarische Umschau.

Bei der räumlichen Beschränkung, welche uns in gegenwärtigem Hefte auferlegt ist, müssen wir uns, unter Vorbehalt der Ergänzung im folgenden, sofort in Druck gehenden Hefte, diesesmal, neben Anzeige des Abschlusses und bezw. Fortgangs früher erwähnter Erscheinungen, auf wenige neue Erzeugnisse beschränken.

Abschluß haben inzwischen gefunden die seiner Zeit von uns besprochenen, die Immobiliar-Zwangsvollstreckung betreffenden Schriften, nämlich: die **Zwangsvollstreckungsordnung in Immobilien** von Dr. **Paul Häckel** (Frz. Vahlen, Berlin, SS. 526 8°) und die **Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen im Geltungsgebiete der Preußischen Grundbuchordnung** von **B. Rudorff** (H. W. Müller, Berlin, SS. 364 8°). Wir dürfen bezüglich der Art der Durchführung auf das Frühergesagte einfach Bezug nehmen.

Bedeutende Fortschritte hat das unseren Lesern bekannte, bei J. Guttentag, Berlin, verlegte Werk: die **Gesetzgebung des deutschen Reichs** von der Gründung des Norddeutschen Bundes bis auf die Gegenwart, mit Erläuterungen und Registern, herausgegeben von **B. Gaupp, A. Hellweg, R. Koch, W. Neubauer, W. L. Solms, R. Sydow, W. Turnau** und **F. Vierhaus**, gemacht. In zwei Bänden in Lexicon-Format, von welchen der erste 964 SS., der zweite 971 SS. umfaßt, liegen uns jetzt die einschlägigen gesetzlichen Bestimmungen für die Jahre 1867—69 und 1870—72 einschl., und zwar, wie wir dies bereits früher hervorhoben, in der jetzt geltenden Form und Fassung vor, eine Leistung, welche namentlich alle Diejenigen lebhaft begrüßen werden, welche regelmäßig mit der Anwendung der so vielfach aufgehobenen, durchbrochenen, geänderten, ergänzten Reichsgesetze und der dazu erlassenen Ausführungsbestimmungen befaßt sind. Die Durchführung des Unternehmens, welches gleichzeitig buchhändlerisch eine vorzügliche Ausstattung und Abrundung gefunden hat, zeugt überall von anerkennenswerthester Sorgfalt und Umsicht und können wir gerade mit Rücksicht hierauf und die Bedeutung desselben für Theorie und Praxis nur den Wunsch aussprechen, dasselbe baldigst abgeschlossen zu sehen.

Digitized by Google

Erheblich vorangegangen ist auch der als Bestandtheil des von Palm und Enke in Erlangen veranstalteten, von Dr. E. Bezold herausgegebenen Werks: die **Gesetzgebung des deutschen Reichs mit Erläuterungen** erscheinende **Kommentar zur Strafprozeßordnung** von Dr. Rich. Ed. John. Derselbe umfaßt jetzt (als I. Abthlg. des VI. Bandes von Thl. III der ganzen Sammlung) in einem stattlichen Bande von 1030 S. das erste Buch der Strafprozeßordnung „Allgemeine Bestimmungen."

Minder gefördert ist dagegen die früher erwähnte dritte Auflage des im Verlag von Roßberg, Leipzig, erscheinenden **Puchelt'schen Kommentars zum Handelsgesetzbuch.** Seit unserer letzten Anzeige sind nämlich nur zwei weitere, (die 9. u. 10.) Lieferungen erschienen, welche bis zu Art. 377 gehen.

Von neuen Erscheinungen erwähnen wir als besonders bedeutsam für den Practiker in Straffachen: das **Strafgesetzbuch für das deutsche Reich,** mit den Entscheidungen des Reichsgerichts von Dr. P. Daude (H. W. Müller, Berlin, kl. 8° SS. 299 einschl. Register). In kurzen präcisen Noten wird die Judikatur des Reichsgerichts, soweit sie in den „Entscheidungen", der „Rechtsprechung" und in den „Annalen" enthalten ist, bei den einzelnen §§ mitgetheilt, wobei auch die speziell landesrechtlichen Fragen nicht außer Acht gelassen sind. Am Rande jeder einzelnen Strafbestimmung ist die Gerichtszuständigkeit bemerkt, die einschlägigen Vorschriften des Gerichtsverfassungsgesetzes sind anhangsweise abgedruckt und mit einigen Anmerkungen versehen. Selten hat sich ein Werkchen so rasch eingebürgert, wie das in elegantem Leinwandband handlichster Art erschienene, schon jetzt beim Richter und Anwaltstand massenhaft verbreitete Büchlein!

Das schon bei seinem erstmaligen Erscheinen freundlich aufgenommene von Velhagen & Klasing in Bielefeld und Leipzig veranstaltete **Kleine Staatshandbuch des Reichs und der Einzelstaaten,** liegt schon seit längerer Zeit im zweiten Jahrgang, für 1884, vor. Gegenüber dem ersten Jahrgang erscheint es doppelt verstärkt und in einer Weise durchgeführt, daß man sich vollster Anerkennung nicht enthalten kann. War es schon von vornherein ein sehr glücklicher Gedanke, dem großen Publikum die allgemein interessante Quintessenz der Staatshandbücher des Reichs und der deutschen

Digitized by Google

Einzelstaaten, welche naturgemäß überhaupt nur wenigen Personen zugänglich, auch wegen ihres Umfanges jenem Publikum kaum gebräuchlich sind, in handlicher und billiger Form zu bieten, so hat derselbe in dieser neuen Bearbeitung eine in der That staunenswerthe Verkörperung erhalten. Die Schwierigkeiten, welche sich der Ausführung in Rücksicht auf Zuverlässigkeit, Auswahl, Gruppirung und Sichtung des geradezu massenhaften Stoffs bieten mußten, liegen ja auf der Hand, sie sind aber hier auf's Glücklichste besiegt. In einem überaus schön ausgestatteten Leinwandbändchen von 442 Seiten (Rest enthält Anzeigen) findet man alles für die Allgemeinheit Wissenwerthe und dabei in einer Vollständigkeit, wie man sie dem Bändchen kaum zutrauen sollte. So sind z. B. — um nur dies eine zu erwähnen — alle Richter, alle Rechtsanwälte und Notare, alle Offiziere bis zum Major 2c. mit Namen aufgeführt, und in dem angehängten Städteverzeichniß von sämmtlichen, ungefähr 2300 Städten des Reichs die Namen der Bürgermeister, der Stellvertreter, die Größe der Orte meist nach amtlichen Angaben u. s. w. enthalten. Daß dabei hier und da eine kleine Incorrectheit, ein Druckversehen in Bezug auf Namen 2c., unterlaufen sein kann, liegt nahe. Jeder, dem Derartiges aufstößt, sollte nicht säumen, dasselbe der Verlagshandlung sofort zu melden, da die Allgemeinheit das größte Interesse daran hat, das Werkchen, welches nur 2 Mk. kostet und also jedes Jahr sehr wohl neu angeschafft werden kann, auf die denkbar höchste Stufe der Vollkommenheit zu bringen!

Die Guttentag'schen „Textausgaben mit Anmerkungen" sind um eine neue vermehrt worden: **Das Reichsgesetz, betreffend die Krankenversicherung der Arbeiter vom 15. Juni 1883 von E. v. Wödtke** (SS. 120). Weitere Auflagen liegen vor von der **Hochow'schen Strafprozeßordnung** und der **Berger'schen Reichs-Gewerbe-Ordnung** in ihrer neuen Fassung, nebst den für das Reich erlassenen Ausführungsbestimmungen — von ersterer die dritte, die nach dem Ableben des früheren Bearbeiters von A. Hellweg besorgt ist, von der letzteren bereits die fünfte.

Heinzerling.

Digitized by Google

Literarische Anzeigen.

Die ersten 21 Bände (10 der ersten, 11 der zweiten Folge) des

Archivs für praktische Rechtswissenschaft

sind im Preise **bedeutend herabgesetzt** und können von jeder Buchhandlung, resp. der unterzeichneten Verlagshandlung bezogen werden.

Darmstadt 1884.

Die Verlagshandlung von Eduard Zernin.

Im Verlage der **J. G. Cotta'schen Buchhandlung** in **Stuttgart** erschien so eben und ist durch jede solide Buchhandlung des In- und Auslandes zu beziehen:

Das Wechselrecht des Deutschen Reichs

mit eingehender Berücksichtigung der neuen Gesetzgebungen von **Oesterreich-Ungarn, Belgien, Dänemark, Schweden und Norwegen, Italien, der Schweiz. England und Russland.**

Von **Dr. Oscar Wächter.**

Gross-Octav. IV u. 556 Seiten. Preis M. 8.

Die früheren Arbeiten des Verfassers über Wechselrecht (Wechsellehre 1861, Wechselrecht des Norddeutschen Bundes 1869, Encyklopädie des Wechselrechts 1880) haben in weiten Kreisen Verbreitung und Anerkennung gefunden. Inzwischen emanirten wichtige neue Codificationen in **Dänemark, Schweden und Norwegen, Italien, England** und der **Schweiz** und für **Russland** den Entwurf einer Wechselordnung, welcher demnächst Gesetzeskraft erlangen wird. Diese und die schon früher von dem Verfasser bearbeiteten Wechselgesetze für **Belgien** (1872, 1877 und 1879) und **Ungarn** (1876) sind in dem vorliegenden Werk eingehend behandelt im Anschluss an die **systematische** Darstellung des gemeinen **deutschen** Rechts. Die Entscheidungen des deutschen **Reichsgerichts** und des vormaligen Reichsoberhandelsgerichts finden sich vollständig allegirt. Ebenso wird die neue Literatur verwerthet. In der Form der Ausführung ist mit **wissenschaftlicher** Gründlichkeit und Präcision die allgemein verständliche Darstellung, wie sie der Kaufmann fordert und die Uebersichtlichkeit des reichen Inhalts vereinigt.

Aufgebotsverfahren.

Soeben ist erschienen:

A. Wandersleben, Amtsgerichtsrath, **Das Aufgebotsverfahren in Theorie und Praxis.** 1884. Zweite vermehrte und verbesserte Auflage. Cartonnirt. Mark 2,80.

Verlag von Franz Vahlen in Berlin W.,
Mohrenstrasse 13/14.

Digitized by Google

In dem unterzeichneten Verlage ist nun vollständig erschienen:

Civilproceßordnung und Gerichtsverfassungsgesetz

für das Deutsche Reich nebst den Einführungsgesetzen.

Mit Kommentar in Anmerkungen

herausgegeben von

G. v. Wilmowski, Geh. Justizrath 2c. und **M. Levy,** Rechtsanwalt beim Kammergericht zu Berlin.

1883. **Dritte verbesserte Auflage.** 79½ Bogen.

Preis: Geh. 24.— Solide geb. M. 27.—

Verlag von Franz Vahlen in Berlin W.,
Mohrenstraße 13/14.

In dem unterzeichneten Verlage ist neu erschienen:

Die Zwangsvollstreckungsordnung in Immobilien

von

Dr. jur. Paul Jäckel, Landrichter.

A. **Textausgabe** mit Einleitung, Parallelstellen, Kostengesetz, Sachregister zum prakt. Gebrauch. 1.—5. Abdruck. Cart. M. 1.—

B. **Ausgabe mit Kommentar in Anmerkungen** mit besonderer Berücksichtigung der deutschen Justizgesetze 2c. von Dr. **Paul Jäckel,** Landrichter. Erscheint in 3 Lieferungen bis zum Geltungstermine, dem 1. November. Liefg. 1, 2 (Bogen 1—15) bereits ausgegeben. Preis M. 4,50. Ungefährer Preis für das vollständige Werk 9—10 Mark.

Verlag von Franz Vahlen in Berlin W.,
Mohrenstraße 13/14.

Neu erschien soeben:

Die Grundlagen des römischen Besitzrechts

von

W. Kindel, Landrichter in Halle a./S.

1883. VIII u. 164 S. gr. 8°. Preis: Geh. M. 9.—

Verlag von Franz Vahlen in Berlin W.,
Mohrenstraße 13/14.

Digitized by Google

In **J. U. Kern's Verlag (Max Müller)** in **Breslau** ist soeben erschienen und durch alle Buchhandlungen zu beziehen:

Gesetz, betreffend die

Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen

vom 13. Juli 1883

nebst dem Kostengesetz vom 18. Juli 1883

erläutert von

W. Dorendorf,

Oberlandesgerichtsrath

gr. 8°. brosch. Preis 6 Mark.

☛ Die zu erwartenden Ausführungsbestimmungen werden alsbald nach Erlaß ohne weitere Berechnung nachgeliefert. ☚

Im Verlage von **A. Deichert, Erlangen** erschien soeben:

Alexander-Katz, Dr. Paul, Schriftsätze und Anwaltszwang 8. 1883 . . . . . M. 2.—

Buechel, Dr. Karl. Das gesetzliche Zinsmaximum beim Foenus nautorum nach l. 26 Cod. de usuris 4, 32. 8. 1883 . . . . . „ 1.—

Meyer, Prof. Dr. Hugo. Lehrbuch des deutschen Strafrechts (3. Aufl.) 8. 1882 . . . . . „ 12.—

Scheurl, Prof. Dr. A. Lehrbuch der Institutionen. (8. Aufl.) 8. 1882 . . . . . „ 6.—

Singer, Prof. Dr. H. Historische Studien über die Erbfolge nach katholischen Weltgeistlichen in Oesterreich-Ungarn. 8. 1883 . . . . . „ 2.40

Tinsch, Dr. H. Die Staatsanwaltschaft im deutschen Reichsproceßrecht. 8. 1883 . . . . . „ 3.—

Uebersichtstafeln zur Repetition des römischen und Pandektenrechts. 4. 1883 . . . . . „ 2.—

Digitized by Google

Verlag von **Philipp Hailmann** in Bad Kissingen.

Soeben erschien:

Die preußische und bayerische Subhastations-Ordnung.

Vergleichende Darstellung und Erläuterung **beider Gesetze** zum Gebrauche für den Praktiker beider Rechte, für Interessenten (Landwirthe, Kapitalisten) und insbesondere auch für den Parlamentarier

von

Wilhelm Henle, k. b. Amtsrichter.

Preis 5 Mark 50 Pfg.

Im Verlage von **Eduard Zernin** in **Darmstadt** ist erschienen:

Systematisches und alphabetisches General-Register

über Band 1—10 der ersten Folge, Band 1—10 der zweiten Folge des „Archivs für praktische Rechtswissenschaft".

Angefertigt von

G. Cellarius,

Großherzoglicher Amtsrichter.

8. 215 Druckseiten. Preis 5 M. 80 Pf.

Durch diese ebenso mühevolle wie verdienstliche Arbeit ist die Benutzung der ersten 20 Bände des „Archivs" wesentlich erleichtert worden. Das Register ist in doppelter Art angefertigt, es ist sowohl alphabetisch wie nach dem Stoff systematisch geordnet.

Digitized by Google

In dem unterzeichneten Verlag sind neu erschienen:

Birkmeyer. — **Zusammenstellung der gesammten bis jetzt zur Reichs-Civilprozeßordnung erschienenen Literatur,** geordnet nach der Reihe der Gesetzesparagraphen. Von Professor Dr. Birkmeyer in Rostock. 1884. VII u. 59 S. gr. 8°. Geh. M. 1,20.

Entscheidungen des Bundesamtes für das Heimathwesen. — Bearbeitet und herausgegeben von Wohlers, Geh. Ober-Regierungs-Rath, Mitglied des Bundesamtes für das Heimathwesen. Heft **XV.**, enth. die seit dem 1. Dec. 1882 bis zum 31. Okt. 1883 ergangenen wichtigeren Entscheidungen. 1884. VIII u. 169 S. 8°. Cart. M. 2,—

Heidenfeld. — **Die Zwangsversteigerung von Grundstücken** im Wege der Zwangsvollstreckung nach dem Gesetz vom 13. Juli 1883. Vorträge, gehalten im Berliner Anwalt-Verein von Dr. Heidenfeld, Rechtanwalt und Notar. 1884. IV u. 156 S. gr. 8°. M. 3,—

Jacobson.— **Das Reichsgesetz über Markenschutz** vom 30. November 1874. Textausgabe mit Anmerkungen, herausgegeben von Dr. R. Jacobson, Rechtsanwalt in Hamburg. 1884. Cart. M. 1,—

Olshausen. — **Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich.** Nebst einem Anhang, enthaltend: Reichs-Straf-Nebengesetze sowie Vorschriften über Zuständigkeit 2c. Textausgabe mit Anmerkungen und Sachregister zum praktischen Gebrauch von Dr. Justus Olshausen, Landrichter. 1884. 16¼ Bogen 12°. Cart. M. 1,—

Wohlers. — **Das Reichsgesetz über den Unterstützungswohnsitz** vom 6. Juni 1870, erläutert nach den Entscheidungen des Bundesamtes für das Heimathwesen. 1884. Dritte vermehrte Auflage. 1884. IV und 176 S. Cart. M. 3,—

Verlag von Franz Vahlen in Berlin
W. Mohrenstraße 13/14.

Diesem Heft liegt eine literarische Anzeige der

Hinstorff'schen Hofbuchhandlung in Wismar

bei, betreffend „Entscheidungen der deutschen Gerichte zum Reichs-Gerichtskostengesetz".

Digitized by Google

III.

Der Arzt im römischen und im heutigen Recht.

Eine ziviliſtiſche Abhandlung.

Von Herrn Gerichtsaſſeſſor Dr. Auguſt Hefke in Oldenburg.

(Schluß.)

B. Zur anderen Klaſſe der Aerzte — alſo zu derjenigen, deren operae nicht als locari solitae betrachtet wurden — gehörten ſämmtliche medici ingenui, die freigeborenen Römer, welche die Arzneiwiſſenſchaft (urſprünglich wohl aus Liebhaberei, ſpäter auch zum Erwerb) ſtudirten und praktiſch ausübten. Es iſt hier ein hiſtoriſcher Fortſchritt von der erſten zur zweiten Klaſſe nicht zu verkennen; Urſprünglich, als die Arzneikunde noch weniger als eigentliche Wiſſenſchaft ausgebildet war und mehr in praktiſchen Erfahrungsgrundſätzen (und Kunſtregeln lediglich chirurgiſchen Inhalts) beſtand,

[Seneca epist. 95. — Weber, von der natürl. Verbindlichkeit § 17 S. 50 Not. 3.]

ſcheinen die Römer zur Beſchäftigung mit ihr wenig Neigung beſeſſen und ihre Ausübung daher den Sklaven und Frei-

Digitized by Google

gelassenen überlassen zu haben.[87]) Erst später, als mit der Zeit die Arzneikunde sich zu einer wirklichen Wissenschaft ausbildete — acht Bücher de medicina schrieb bereits unter August und Tiberius ein gewisser A. Cornelius Celsus — und als mit Untergang der Republik die Römer anfingen, das alte Prinzip des „mercenariam operam spernere“[88]) aufzugeben, scheinen sich auch die freigeborenen Römer allmählich dem Studium der Arzneikunde gewidmet und diese, zunächst vermuthlich in engerem Kreise und unentgeltlich, später jedoch für das ganze ihre

[87]) Hierauf geht vorwiegend auch das in den Quellen bisweilen sich findende „imperare medico“ etc. Vgl. Weber a. a. O. Not. 3. [Im Uebrigen ist das im Text Gesagte bereits oben genügend begründet.] Nicht nachweisbar ist, daß die Römer die Ausübung der ärztlichen Kunst für so verächtlich gehalten haben, wie Weber a. a. O. S. 49—53 annimmt. [Insbesondere durch das Aderlassen und dergl. — übrigens geht L. 7 § ult. (L. 8) D. ad. leg. Aqu. 9,2 und § 7 Inst. eod. 4,3 nicht allein, wie Weber meint, auf das bloße Aderlassen, sondern kann wenigstens ebensogut auch auf schwierige und gefährliche Operationen (z. B. Amputationen) gehen —, was doch unter Umständen auch h. z. T. ein Arzt wohl propria manu vornimmt, scheint das Gewerbe nach Weber's (Not. 3 und S. 50) Anschauung verächtlich zu werden.] In klassischer Zeit wenigstens findet sich keine Spur, welche darauf hindeuten könnte, daß die Römer die Ausübung ärztlicher operae je für verächtlich gehalten haben. Cfr. L. 1 § 1 D. de extr. cogn. 50,13. Ulpian behandelt hier die medici — unter denen jedenfalls libertini implicite mit zu verstehen sind (vgl. Not. 83) — sogar mit einer gewissen Hochachtung.

[88]) Welches Ulpian in L. 1 § 4 i. f. D. de extr. cogn. 50,13 nur noch den Philosophen zur Pflicht macht (derselbe verbietet jedoch in L. 1 § 5 D. eod. auch den Professoren der Rechte das Einklagen eines Honorars). — Die lex Cincia — momentan wieder eingeführt durch ein Sc. unter Nero, Taciti Ann. XIII. 5 — verbot den Advokaten das Annehmen einer Belohnung: „Ne quis ob causam orandam pecuniam munusve*) accipiat“. Tac. Ann.

*) In anderen Ausgaben: „donumque“.

Digitized by Google

Hülfe in Anspruch nehmende Publikum und jetzt natürlich gegen Entgelt — nämlich „apud Praesides, quod sibi debetur, petunt“ [89] — praktisch ausgeübt zu haben. — [90] Dies war aber eine neue Erscheinung des römischen Lebens und Verkehrs, für welche das bisherige Rechtssystem in keiner Weise vorgesorgt hatte. Bei Libertinen war es zwar Sitte gewesen und längst Gewohnheitsrecht geworden — möglicherweise auch längst durch besondere Gesetze sanktionirt —, daß diese die ärztlichen Dienste gegen eine beiderseits stillschweigend vorausgesetzte — und der Größe nach gewohnheitsrechtlich [91] bestimmte — merces leisteten; bei freige-

XI. 6. Cfr. Ovid. Amor. I. 10: „Turpe reos emta miseros defendere lingua“. Später galt das Gewerbe eines Anwalts als wirkliche Lohnarbeit. L. 9 Cod. de advoc. div. jud. 2,7: „ . . . illud officium, . . . unde sibi vitae subsidia comparabat . . .“ — Vgl. im Allgemeinen noch

Wetzell, Syst. S. 64 f. (1878).

[89]) So sagt Ulpian L. 1 § 14 D. de extr. cogn. 50,13 von den „nutrices“.

[90]) Die Römer scheinen sogar zu Papinian's Zeiten sich bereits freie — vermuthlich auch freigeborene — Hausärzte mit festem jährlichem Gehalt gehalten zu haben.

L. 10 § 1 D. de ann. leg. 33,1: „Medico Sempronio, quae viva praestabam, dari volo; ea videntur relicta, quae certam formam erogationis annuae, non incertam liberalitatis voluntatem habuerunt“.

Hier ist jedenfalls von einem freien und vermuthlich von einem freigeborenen Arzte die Rede, da in dem ganzen Fragment (L. 10 cit.) bis auf § ult. nur von ingenui die Rede ist (in L. ead. princ. wird gesagt: „Lejo amico fidelissimo, si voluerit . . . negotiis . . . filiorum meorum intervenire“ rel., in L. ead. § 2: „Uxori“ rel. und erst im § 3 geht die Rede mit scharfem Akzent auf die liberti über). — Zur Vergleichung darf hier angeführt werden die mehrerörterte Basilikenstelle (XX. 4. fr. 27):

Τὸ διδόμενον ἰατροῖς . . ἐν ταῖς καλάνδαις rel. (Mommsen: „Kalendis [Januariis?]“).

[91]) Vielleicht auch gesetzlich.

Digitized by Google

borenen Römern aber war es bisher nie Sitte gewesen[92]). Das Recht bot hier zunächst keine Hülfe, denn die lediglich für Libertinen gesetzlich und gewohnheitsrechtlich eingeführten Grundsätze wollte man auf freie Römer nicht anwenden, soweit wollte man das alte mercenariam operam spernere nicht verlassen. Man wollte zwar gern den freigeborenen Aerzten für ihre wohlverdiente Honorarforderung ein Rechtsmittel geben, aber man wollte die Würde eines civis romanus nicht dadurch beeinträchtigen, sein Ehrgefühl nicht dadurch kränken, daß man ihm wie dem in so manchen staats- und privatrechtlichen Beziehungen zurückgesetzten und im Ganzen eine weit niedrigere Stellung einnehmenden Libertinen eine actio ex locato ertheilte und das zwischen ihm und dem Patienten bestehende Verhältniß als Dienstmiethe auffaßte (in den Augen der Römer würde hierdurch der freigeborene Arzt als locator operarum unter das Niveau des — ihm als conductor gegenüberstehenden — Patienten[93]) herabgedrückt worden sein). Und anderweitige speziell für Aerzte zutreffende Gesichtspunkte als denjenigen der Miethe kannte zur Zeit das römische Zivilrecht nicht. Man beobachtete also, um aus diesem Dilemma herauszukommen, das zwischen dem Arzt — dem freigeborenen — und dem Patienten abgeschlossene Geschäft als ein unentgeltliches, d. h. man fingirte, der Patient sei zwar nicht rechtlich, nicht aus einem

[92]) Wenn Gajus in L. ult. D. de his, qui eff. vel. dejec. 9,3 schlechthin von der an Aerzte gezahlten merces spricht — „judex computat mercedes medicis praestitas (ceteraque impendia, quae in curatione facta sunt)“ — so denkt er entweder mit Ulpian (L. 7 § ult. cit. 9,2) lediglich an freigelassene Aerzte oder er folgt dem allgemeinen sorglosen Sprachgebrauch, welcher sich ganz ebenso findet in L. 1 pr. D. de extr. cogn. 50,13. L. 1 § 1 i. f. D. si mensor fals. 11,6 (L. 4 D. ubi pup. educ. 27,2: „mercedes, ut liberalibus artibus institueretur“). Letzteres ist wahrscheinlicher.

[93]) Welcher ja leicht ein Libertine sein konnte.

Digitized by Google

Vertrage zur Zahlung des Honorars verpflichtet, aber er könne durch eine außerordentliche Kognition des praeses provinciae, durch ein von den Bestimmungen des bisherigen Zivilrechts absehendes Einschreiten der Obrigkeit, angehalten werden, dem Arzte das Honorar zu zahlen. Hierhin gehört zunächst

L. 1 § 1 et pr. D. de extr. cogn. 50,13.

[In diesem Fragment stellt Ulpian die Aerzte den übrigen „praeceptores tantum studiorum liberalium" bezüglich ihrer Honorarforderung völlig gleich.]

Man brauchte auch nach diesem außerordentlichen Rechtsmittel gar nicht weit zu suchen: Man durfte lediglich anknüpfen an die für alle möglichen anderen Berufsklassen, insbesondere aber an die für agrimensores („geometrae" L. 1 pr. i. f. cit.), „calculatores," tabularii u. dgl. betreffs ihrer Honorarforderung schon längst eingeführten besonderen Bestimmungen.

Fraglich bleibt jedoch hierbei noch, welche Klage andererseits dem Patienten — bezw. dessen Gewalthaber — gegen den freigeborenen Arzt zustand, falls dieser sich Nachlässigkeiten hatte zu Schulden kommen lassen oder den Kranken ungeschickt behandelt hatte[94]). Die actio conducti? Dann wäre gerade der Zweck der extraordinaria cognitio, die Vermeidung des Gesichtspunktes der Dienstmiethe für operae freigeborner Aerzte, vereitelt worden. Die actio praescriptis verbis? Obgleich hierfür L. 5 § 2 D. de praescr. verb. 19,5 (Paulus):

„ . . . Quodsi tale est factum, quod locari non possit, . . . potest . . praescriptis verbis agi . . ."

und L. 22 D. eod. (Gajus) bei flüchtiger Prüfung zu sprechen scheinen — und Manchen zu irriger Ansicht verleitet

[94]) M. a. W, wie die Römer das Rechtsverhältniß zwischen dem freigeborenen Arzte und seinem Patienten juristisch aufgefaßt haben.

Digitized by Google

haben —, so spricht doch dagegen das oben bereits Angeführte, daß diese Klage eine vorherige Honorarzahlung nach römischem Recht voraussetzen[95]) und zudem den Gesichtspunkt der Dienstmiethe doch nicht genügend fern halten würde (vgl. oben)[96]). — Die actio mandati? Es würde verfehlt sein, mit

Windscheid II § 404 Note 3.[97])

diese Frage bejahen zu wollen.[98]) Als Regel läßt sich

---

[95]) Die von dem klagenden Theile geschehene Leistung wird auch in L. 5 § 2 L. 22 D. cit. 19,5 vorausgesetzt.

[96]) Einzuräumen ist freilich, daß vielleicht in den — gewiß seltenen — Fällen, in denen alle Erfordernisse der actio praescr. verbis vorlagen — also auch das Honorar bereits bezahlt war —, die Römer keinen Anstand genommen haben, diese Klage zu ertheilen. (Vgl. jedoch L. 7 § ult. cit. 9,2.)

[97]) Er sagt: „Für die Römer war die Kategorie des Mandats die einzige juristische Kategorie, unter welche" u. s. w. Vgl. die oben angef. Schriftsteller. — Die actio mandati gegen den freigeborenen Arzt auf Vertragserfüllung bezw. auf das Interesse wurde möglicherweise da angewendet, wo ausnahmsweise das Geschäft sich vollständig als ein Mandat erwies — obgleich die Quellen den Gesichtspunkts des Mandats auf den Arzt nirgends ausdrücklich anwenden —, ähnliches ist dann aber anzunehmen für die Dienstmiethe: auch die actio conducti wurde jedenfalls dann ertheilt, wenn es (ausnahmsweise) unmöglich war, den Vertrag anders denn als locatio conductio operarum aufzufassen. Vgl. Not. 99.

[98]) Quellenmäßig ließe sich — wie oben Not. 42 bereits angedeutet — die Bejahung nur auf gefährlichen Umwegen motiviren, indem man zusammenstellte einerseits L. 1 § 1 cum. pr. D. cit. 50,13 und andererseits L. 7 L. 56 § 3 (cfr. L. 6 pr. L. 10 § 9) D. mand. 17,1; L. 1 i. f. L. 17 Cod. eod. 4,35 [Vgl. im Allgem. L. 1 pr. i. f. § 6 i. f. § 8. 10—13 L. 3. 4 D. de extr. cogn. 50,13. Ob nicht bei einigen der im Tit. Dig. 50,13 aufgezählten Berufsklassen — geometrae, calculatores und tabularii sind natürlich arg. Tit. Dig 11,6 auszunehmen — ein Mandat angenommen wurde? Die Frage ist im Allgemeinen gewiß nicht zu bejahen: Cfr. L. 5 § 3 D. ad leg. Aq. 9,2. L. 13 § 4 L. 19 § ult. L. 38 § 1 D. loc. cond. 19,2. neben L. 1 § 6. 8. 9. 10 D. de extraord. cogn. 50,13. Vgl. unten

Digitized by Google

Folgendes behaupten: Gegen den freigeborenen Arzt ertheilten die Römer ex omissione deligentiae auf Schadenserſatz weder die conducti noch die praescriptis verbis noch die mandati actio [99]) ſondern einzig und allein die extraordinaria cognitio. Falls man dies nicht ſchon aus L 1 § ult. D. de extraord. cogn. 50,13 entnehmen will [100]), ſo wird man doch nicht umhin können, es anzunehmen auf Grund der ſehr klar redenden L. 1 § 9 D. eod.:

„Sed adversus ipsos omnes [101]) cognoscere Praeses debet, quia ut adversus advocatos adeantur, Divi Fratres rescripserunt.“ [102])

Not. 116. In Betracht kommt noch L. 9 Cod. de prof. et med. 10,52: (Archiatros) „ea patimus accipere, quae sani offerunt pro obsequiis“. Man darf aus dieſer ganz allgemeinen Wortfaſſung, insbeſondere aus dem „pro obsequiis“ — cfr. L. 1 § 4 D. mand. 17,1 — nicht etwa abnehmen, die Stelle deute auf das Mandat hin. Cfr. L. 7 § ult. cit. 9,2.

[99]) Dieſe drei Klagen konnten nur dann ertheilt werden, wenn alle Vorbedingungen, welche ein römiſcher Juriſt für ſie verlangen mußte, vorlagen. — Insbeſ. bezüglich des Mandats läßt ſich hier noch bemerken, daß die Annahme deſſelben praktiſch freilich keinen erheblichen Unterſchied bewirken würde, da auch ex mandato der Arzt — cfr. L. 6 § 7 D. de off. praes. 1,18 — für omnis culpa haften müßte.

Vgl. Windſcheid II. § 410 ad 1 und Not. 4. v. Wening-Ingenheim, Schadenserſatz § 91, Haſſe, Culpa 1838, § 93. [Bezüglich der Miethe: Not. 138]. Auch die Beweisfrage würde wenig dadurch influirt.

[100]) Manche würden dies vielleicht zunächſt für unbegründet halten, da in L. 1 § ult. cit. vorwiegend von einer Art Widerklage die Rede zu ſein ſcheint und da in L. 1 pr. D. eod. geſagt wird: „Praeses provinciae de mercedibus jus dicere solet“ (und in L. 5 pr. eod.: „de re pecuniaria“). Aber vgl. das außerdem in L. 5 pr. cit. noch Geſagte und hierzu unten Note 103.

[101]) J. e. adversus rhetores, grammaticos, geometras, medicos, obstetrices, ludimagistros, comites.

[102]) Der Einzige, welcher die große Bedeutung dieſer Stelle für die Beurtheilung des römiſchen Rechts — ob ſie für das heutige

Digitized by Google

Die Römer betrachteten das mit freigeborenen Aerzten abgeschlossene Geschäft überhaupt nicht als eigentlichen, zivilrechtlich bindenden Vertrag, sondern als ein negotium, quod extra jus versatur. Sie ließen daher aus einem solchen negotium — wie aus allen außerhalb des römischen Rechtsgebiets stehenden Lebensverhältnissen[103]) — nur ein außerordentliches Rechtsmittel zu, nämlich die für Fälle dieser Art eingeführte extraordinaria cognitio des praeses provinciae. — Vielleicht wendet man gegen die hier aufgestellte Behauptung, daß die Klage gegen den freigeborenen Arzt auf das Interesse[104]) eine extraordinaria cognitio gewesen sei — ein Einwand gegen sie ist bereits in Note 100 erledigt —, noch Folgendes ein:

„Die angeführte L. 1 § 9 D. 50,13 spricht allerdings ganz allgemein von einer extraordinaria cognitio gegen die in L. 1 pr. § 1. 2. 6. 8. D. eod. aufge-

---

Recht noch Bedeutung hat, wird sich unten zeigen — einigermaßen würdigt, ist m. W.

Unterholzner, Schuldverhältnisse Bd. II. § 522 ad Not. 6. Von den übrigen Schriftstellern wird auf sie kein Gewicht gelegt, und zwar mit gewissem Recht, da ihre Bestimmungen des praktischen Werthes entbehren. Auffallend ist es jedoch, wenn nicht einmal

Zimmermann a. a. O. S. 223 ff.,

welcher doch das Rechtsverhältniß zwischen Arzt und Patienten theoretisch und historisch darstellen will, die Stelle verwerthet.

[103]) Ein ähnliches vom römischen Zivilrecht nicht berücksichtigtes Verhältniß entstand z. B. aus dem honores et munera gerere (aus der Amtsverwaltung). Auch hier blieb daher als ultimum refugium lediglich die extraordinaria cognitio übrig. L. 5 pr. D. de extr. cogn. 50,13 (Callistratus):

„Cognitionum numerus, quum ex variis causis descendat . . ., in . . . genera dividi potest: aut enim de honoribus sive muneribus gerendis agitatur, aut de re pecuniaria disceptatur" rel.

[104]) Arg. L. 1 § 9 cit. 50,13.

Digitized by Google

zählten Personen. Zu letzteren gehören jedoch arg. L. 1 pr. i. f. § 6 i. f. eod. auch die im Tit. Dig. si mensor 11,6 genannten Personen, gegen welche in diesem Titel eine besondere Klage, die actio in factum contra mensorem, qui falsum modum dixerit, ertheilt wird. Wenn hiernach anzunehmen ist, daß die L. 1 § 9 cit. 50,13 jedenfalls auf die mensores — die doch eigentlich in dem „adversus ipsos omnes" mit begriffen sein müßten — sich nicht mit beziehen will, so verliert die ganze Stelle überhaupt viel von ihrer Beweiskraft und man darf annehmen, daß sie sich auch nicht auf Aerzte bezieht."

Dieser Einwand ist jedoch von nicht erheblichem Gewicht. Man muß allerdings zugeben, daß die L. 1 § 9 cit. 50,13 vermuthlich sich nicht mit auf die „geometrae" u. dgl. bezieht, und zwar gerade deshalb, weil für diese Berufsklasse in einem besonderen Digestentitel besondere Haftungsgrundsätze aufgestellt sind und weil gegen sie in demselben Titel eine besondere prätorische Klage — actio quasi ex delicto — eingeführt ist. Wenn also auch gegen Aerzte — Advokaten u. s. w — in besonderen Digestentiteln (bloße Fragmente würden auch genügen) außer der in L. 1 § 9 cit. gegen sie ertheilten extraordinaria cognitio noch eine besondere — auf das Interesse gegen sie anzustellende — Klage (sei es ex contractu, ex delicto oder quasi ex delicto) eingeführt worden wäre, so würden wir allerdings Bedenken tragen müssen, die L. 1 § 9 cit. allzu weit zu interpretiren. Im ganzen Corpus juris civiliis finden wir jedoch nicht die leiseste Andeutung einer besonderen gegen die freigeborenen Aerzte auf das Interesse zulässigen Klage — daß L. 7 § ult. cit. 9,2 hier nicht in Betracht komme, ist oben nachgewiesen —, außer in der L. 1 § 9 cit. 50,13. — Wenn nun Jemand fragen sollte, welche Haftungsgrundsätze denn bei einer solchen gegen

Digitized by Google

den Arzt ertheilten extraordinaria cognitio — als einem von jeder zivilrechtlichen Basis, insbesondere von jeglicher Vertragstheorie unabhängigen Rechtsmittel — beobachtet worden seien, so giebt hierauf die S. 142 zitirte L. 6 § 7 D. de off. praes. 1,18 genügende Antwort. Diese Stelle erörtert ganz allgemein und ohne jegliche Rücksicht auf ein zu Grunde liegendes besonderes Kontraktsverhältniß die Haftung der Aerzte.[105]) Daß sie in einer außerordentlich engen Beziehung zu L. 1 § 9 (pr. § 1) D. cit. 50,13 und zu der hier gegen Aerzte ertheilten extraordinaria cognitio steht, geht klar genug hervor aus ihrer Stellung im Tit. Dig. de officio praesidis (1,18). Die Römer fühlten selbst, daß bei Ertheilung eines extraordinären Rechtsmittels gegen den Arzt aus den in seiner Berufsthätigkeit begangenen Fehlern die spezielle Haftungsfrage noch offen bleibe: sie fügten daher dem für extraordinariae cognitiones gerade in Betracht kommenden Digestentitel de officio praesidis — cfr. L. 10 et L. 8 D. h. t. 1,18 — ein den Haftungsgrad der Aerzte außer Frage stellendes Fragment ein.

Man wird nun fragen: Ist dies Alles? Widersprechen den S. 113 ff. gegebenen Ausführungen nicht die beiden Thatsachen, daß 1) sowohl der Tit. Dig. de extr. cogn. 50,13 als die zuletzt noch angeführte L. 6 § 7 D. de off. praes. 1,18 zwischen medici ingenui und libertini nicht den geringsten Unterschied machen, daß ferner 2) L. 1 § 2 D. de extr. cogn. 50,13 die obstetrix und L. 1 § 14 D. eod. sogar die nutrix den Aerzten gleichstellt, während doch anzunehmen ist, daß die Funktionen der obstetrices und nutrices vorwiegend von libertinae wahrgenommen wurden? — Da diese Fragen und die in ihnen enthaltenen Ein-

[105]) Aehnlich wird im Codex — nämlich in L. 14 § 1 Cod. de jud. 3,1 —, ebenfalls ohne Beziehung auf einen bestimmten Kontrakt, die Haftung der Advokaten erörtert.

Digitized by Google

wendungen allerdings von erheblichem Gewicht sind, so ist es erforderlich, der obigen Auseinandersetzung noch Folgendes hinzuzufügen:

Der historische Fortschritt war damit, daß den freigeborenen Aerzten auf das Honorar und gegen sie dem anderen Theile auf das Interesse eine extraordinaria cognitio ertheilt wurde, noch nicht beendigt. Sondern im Laufe der Zeiten — nachdem eine Zeitlang das oben aufgestellte Prinzip streng aufrecht erhalten, der Unterschied zwischen Libertinen und ingenui sorgfältig beobachtet worden war — faßte man solche Formalien laxer auf und die Unterschiede zwischen medici libertini und ingenui — wie überhaupt zwischen Freigelassenen und Freigeborenen — schwächten sich ab. Zunächst zeigte sich dies darin, daß auch wohl einem Libertinen — im einzelnen Falle war der stutus libertinitatis oft kaum zu ermitteln — statt der actio locati auf das Honorar eine extraordinaria cognitio ertheilt wurde. Die Entwicklung ging dann naturgemäß weiter und gelangte dahin, daß auch gegen den medicus libertinus nicht mehr in allen Fällen und nothwendig die actio conducti, sondern neben ihr — zunächst vielleicht nur ausnahmsweise, in besonders geeigneten Fällen, sodann schlechthin alternativ — auch wohl die extraordinaria cognitio auf das Interesse ertheilt wurde. Man ließ schließlich dem Kläger (Verletzten) die Wahl, ob er gegen den freigelassenen Arzt klagen wollte mit der actio conducti oder ob er statt dieser Klage die extraordinaria cognitio benutzen wollte: Beides war nunmehr gestattet; aber nicht gestattet war, gegen den freigeborenen Arzt die conducti actio anzustrengen[106]); hier war lediglich die extraordinaria cognitio zulässig.

[106]) Wenn man annehmen wollte (cfr. L. 17 Cod. de loc. et cond. 4,65 und Note 116 gegen Ende), die Entwicklung sei im Gegentheil schließlich dahin gegangen, daß sowohl gegen den

Digitized by Google

Dies war der Standpunkt Ulpians, welcher in L. 1 D. de extr. cogn. 50,13 für und gegen sowohl freigeborene

---

freigeborenen als gegen den freigelassenen Arzt die actio conducti ertheilt sei, so würde 1) gerade die Thatsache, daß Justinian §§ 6. 7 Inst. de leg. Aqu. 4,3 die Miethklage nicht erwähnt — vergl. S. 140 ff. — unerklärlich bleiben und zudem würde 2) jener Annahme die Erwägung gegenüberstehen, daß die Römer gewiß nicht erst dem freigeborenen Arzte auf das Honorar und gegen ihn auf das Interesse eine extraordinaria cognitio ertheilt haben werden, um nachträglich einen förmlichen Rückschritt zu machen, die Freigeborenen doch noch den Freigelassenen gleichzustellen und so an der Klippe, welche gerade durch die extraordinaria cognitio definitiv vermieden werden sollte, schließlich doch noch zu scheitern. Daß die Freigelassenen mit der Zeit zu der Höhe der Freigeborenen emporgehoben wurden, ist unter allen Umständen natürlicher und daher wahrscheinlicher, als daß man umgekehrt letztere (nach allen möglichen Operationen, um gerade dies zu vermeiden) auf die Stufe der ersteren hinabdrückte. Die medici ingenui würden letzterenfalls energisch Protest eingelegt haben, während andererseits anzunehmen ist, daß die medici libertini eine Entwicklung wie die im Text angegebene aus allen Kräften zu befördern gesucht haben. — Hierbei kommt noch in Betracht, daß gerade in der Kaiserzeit die medici zu hohem Ansehen gelangten und mit Immunitäten, Titeln, Rang und Würden beschenkt wurden (wobei noch die archiatri einen besonderen Vorzug genossen zu haben scheinen).

L. 6 § 1 D. de excus. 27,1 (Modestinus): „ἰατροὶ . . ἀνάπαυσιν ἔχουσιν.“

L. 6 § 8 D. eod. „ . . ἰατροὺς ἀτελεῖς εἶναι . .“

L. 6 § 9 D. eod.

L. 6 Cod. de prof. et med. 10,52: „Medicos et maxime archiatros . . . immunes esse praecipimus.“

L. 1, 5, 9—11 Cod. eod.

L. 1 Cod. de excus. artif. 10,64.

L. un. Cod. de com. et arch. 12,13: „Archiatros inter vicarios taxari praecipimus.“

L. 1 Cod. Theod. de med. et prof. 13,3: „Medicos, grammaticos et professores alios litterarum immunes esse.“ rel.

L. 10 C. Th. eod.: „Medicis et magistris urbis Romae sciant omnes immunitatem esse concessam.“ rel.

Digitized by Google

als freigelassene Aerzte — erstere müssen unbedingt unter den „medici" schlechthin mit verstanden werden — die extraordinaria cognitio zuläßt[107]), in L. 6 § 7 D. de off. praes. 1,18 für beide Klassen von Aerzten allgemeine Haftungsgrundsätze aufstellt, dagegen in L. 7 § ult. cit. 9,2 gegen freigelassene Aerzte allein die actio conducti — „ex locato" — auf das Interesse ertheilt.[108]) [109])

Warum sollte gerade in dieser Zeit des höchsten Glanzes der medici (und anderer Gelehrter) eine derartige, den ganzen Stand in römischen Augen herabsetzende Rechtsentwicklung stattgefunden haben, daß ihre operae als locari solitae betrachtet wurden? Cfr. L. 9 Cod. de. prof. et med. 10,52 „pro obsequiis." Aus dem Umstande, daß die Römer bei Aerzten schlechthin — auch in späterer Zeit noch — von einer merces sprechen,

[Vgl. außer L. ult. cit. 9,3 noch L. 6 i. f. Cod. de prof. et med. 10,52: „Mercedes etiam eorum" — i. e. medicorum — „et salaria reddi jubemus" . . .]

läßt sich, wie oben mehrfach nachgewiesen ist, schlechterdings nichts schließen (wenn auch die Nebeneinanderstellung der „mercedes" und „salaria" in der — von Konstantin abgefaßten — L. 6 i. f. Cod. cit. 10,52 noch einigermaßen auf den alten Unterschied zwischen medici humilioris und honestioris gradus hinzudeuten scheint; vielleicht soll sie nur den im Eingange der Stelle angegebenen — Medicos et maxime archiatros" — Unterschied zwischen medici schlechthin und archiatri entfernt charakterisiren). Vgl. Not. 116.

[107]) Ebenso für und gegen obstetrices und nutrices, unter denen sich ebensowohl libertinae — diese jedenfalls auch zahlreicher — als ingenuae befanden. Bei diesen beiden Berufsklassen ist ein ganz ähnlicher Entwicklungsgang anzunehmen, wie der oben für die Aerzte nachgewiesene.

[108]) Dies ist die einzige Erklärung, welche es überflüssig erscheinen läßt, zwischen den Aussprüchen Ulpian's in L. 7 § ult. cit. 9,2 und in L. 1 § 9 (pr. § 1) cit. 50,13 einen fundamentalen Widerspruch anzunehmen.

[109]) Eine ganz ähnliche Erscheinung zeigt sich bei dem ludimagister, welchem in L. 1 § 6 D. de extr. cogn. 50,13 auf das Honorar und gegen den in L. 1 § 9 D. eod. auf das Interesse eine extraordinaria cognitio ertheilt wird, während doch arg. L. 13 § 4

Digitized by Google

Die historische Entwicklung ging jedoch noch weiter: Ihr Endpunkt war der, daß auch gegen freigelassene Aerzte die actio conducti wegfiel, daß also der Unterschied zwischen medici ingenui und medici libertini völlig verschwand. Die doppelte Behandlung eines im Grunde doch ganz gleichen Verhältnisses — desjenigen zwischem dem Arzte und seinem Patienten —, nämlich je nachdem, ob der Arzt freigeboren oder bloß freigelassen war, wird den Römern mit der Zeit nicht bloß unbequem geworden, sondern auch lächerlich erschienen sein und der Fluch der Lächerlichkeit, der Vorwurf der Absurdität hatte im alten Rom eine solche Kraft, daß er ganzen bisher festbegründeten Rechtsinstituten einen plötzlichen Untergang bereiten konnte[110]). Während also Ulpian schon, soweit es die extraordinaria cognitio und die mit dieser eng zusammenhängende allgemeine Haftung der Aerzte an-

D. loc. cond. 19,2 cum L. 5 § 3 D. ad leg. Aqu. 9,2 — in diesen beiden Stellen ist von einem ludimagister humilioris gradus, dagegen im Tit. D. 50,13 von ludimagistris überhaupt die Rede — das docere puerum ingenuum schlechthin unter den Gesichtspunkt der Dienstmiethe fällt. — Wenn andererseits in L. 1 § 8 D. de extr. cogn. 50,13 die comites (legatorum) und in L. 1 § 10 (—13) D. eod. die Advokaten eine extraord. cognitio auf das Honorar erhalten (und wenn L. 1 § 9 eod. die extr. cogn. auch gegen comites ꝛc. zuläßt), während doch die comites in L. 19 § ult. D. loc. cond. 19,2 und die Advokaten in L. 38 § 1 D. eod. implicite als locatores operarum behandelt werden, so läßt sich zwar nicht mit Bestimmtheit behaupten, daß auch für die — in nicht unbedeutendem Ansehen stehenden — comites legatorum und für die Advokaten der Gesichtspunkt maßgebend gewesen sei, ob sie freigelassen oder freigeboren waren. Aber diese Besonderheit verliert, wie in Not. 116 gezeigt werden soll, ihre Bedeutung, wenn wir in gewisser Weise auf sie anwenden die — in gleichem Maße für Aerzte verwerthbare — L. 17 Cod. de loc. et cond. 4,65 u. a. St.

[110]) Wir sehen dies z. B. an der alten injuriarum actio auf 25 asses, welche nach Gell N. A. 20,1 durch einen übermüthigen Jüngling derartig in das Licht der Lächerlichkeit gestellt sein soll, daß der

Digitized by Google

belangt, zwischen beiden ärztlichen Klassen keinen Unterschied mehr macht, finden wir in den speciell aus justinianeischer oder doch aus nachklassischer Zeit stammenden Rechtsquellen — Institutionen, Codex, Novellen — auch den Gesichtspunkt der Miethe auf den Arzt — weder auf den freigeborenen noch auf den freigelassenen — nicht[111]) mehr angewandt, sowie überhaupt zwischen medici ingenui und libertini nicht den geringsten Unterschied mehr. Inzwischen — seit Ulpian[112]) — hatte sich der geschichtliche Entwicklungsproceß soweit vollzogen, daß man gegen die Aerzte — sowie gegen manche andere ihnen ähnliche Personen[113]) — auf das Interesse[114]) als einziges Rechtsmittel[115]) nur noch die (ursprünglich nur für Honorarforderungen jener Personen eingeführte) extraordinaria cognitio für zulässig hielt.[116]) Daher vermeiden die Verfasser

Prätor sich veranlaßt sah, an ihre Stelle eine aestimatoria actio zu setzen. Wenn dies auch nur Mythe ist, so ist doch schon aus der Existenz dieser Mythe auf die Macht der Lächerlichkeit im alten Rom zu schließen.

111) Hier ist zur Vergleichung wieder anzuführen Basilicorum lib. 20 tit. 4 fr. 27: „Τὸ διδόμενον ἰατροῖς . . . οὐκ ἔστι μισθός „ἐὰν οὖν" etc." „οὐχ ἡ ἐπὶ μισθώσει ἀγωγὴ ἁρμόζει."

112) Also seit der Zeit, welcher L. 7 § ult. D. cit. 9,2, L. 1 D. de extr. cogn. 50,13 und L. 6 § 7 D. de off. praes 1,18 ihrem Ursprunge nach angehören.

113) Vgl. Not. 109 und Not. 116.

114) Oder auf Vertragserfüllung.

115) Ob unter besonderen Umständen auch eine actio praescriptis verbis, mandati, conducti zugelassen werden konnte? Die Quellen — cfr. L. 22 c. f. cum L. 5 § 2 D. de praescr. verb. 19,5 — erwähnen ausdrücklich hierüber nichts und zu vgl. ist die folgende Note.

116) Die extraordinaria cognitio schloß allerdings die Dienstmiethklage völlig, aber nicht völlig den Gesichtspunkt der Dienstmiethe selbst aus, welche letztere denn auch in den Quellen auf hochangesehene Bevölkerungsklassen — für und gegen welche der Tit. Dig. 50,13 (L. 1—5) die extraordinaria cognitio ertheilt — unbefangen (jedoch nur in dem Sinne, daß eine Dienstmiethklage aus-

Digitized by Google

der Institutionen — Tribonian, Theophilus, Dositheus — in den hier vorwiegend in Betracht kommenden und zweifellos aus L. 7 § ult. L. 8 pr. D. ad leg. Aqu. 9,2 entnommenen §§ 6 et 7 Inst. de leg. Aqu. 4,3 den ulpianischen Zusatz: „vel ex locato“ rel.; daher sagen sie einfach: „culpae reus est“ und: „Imperitia quoque culpae

---

geschlossen bleibt) angewendet wird, wie wir in Not. 109 gesehen haben (L. 19 § 10 L. 38 § 1 L. 13 § 4 D. loc. cond. 19,2 L. 5 § 3 D. ad leg. Aqu. 9,2 cum L. 1 § 8. 10 squ. § 6 D. de extr. cog. 50,13). *) Auch wird überall bei diesen Personen — auch bei Aerzten — permiscue statt von Honorar von einer merces (wieder jedoch im uneigentlichen Sinne) geredet und letztere wird ausdrücklich nur für unzulässig bezw. für unklagbar erklärt bei philosophi und professores juris civilis (L. 1 § 4. 5 D. de extr. cogn. 50,13). **) Die extraordinaria cognitio war an sich ein von allen Regeln des Zivilrechts losgelöstes, lediglich auf das bonum arbitrium des kognoszirenden Magistrats basirtes Rechtsmittel. Letzterer wird jedoch seiner Kognition — vielleicht halb unbewußt, vielleicht bewußt — unzweifelhaft die gewöhnlichen, für Dienstmiethverträge maßgebenden Grundsätze und Rechtsbestimmungen zu Grunde gelegt haben, weil ihm anderenfalls bei manchen Bevölkerungsklassen***) der erforderliche Haftungsmaßstab gefehlt haben würde. Das alte „merce-

---

*) Anders ist es zu erklären, wenn diejenigen Personen, welche die bildende Kunst ausübten. L. 5 § 2 D. de praescr. verb. 19,5: „puta ut tabulam pingas“. L. 1 § 7 D. de extr. cogn. 50,13), vollständig und direkt als locatores operarum betrachtet wurden. Die Römer würden jedenfalls auch einen Tizian, Murillo oder Raphael hoch in Ansehen gehalten haben. Aber die bildenden Künste galten eben nicht als artes liberales, sondern als Handarbeit: und nur für artes liberales kommen Ingenuität nnd Libertinität in ihrer Beziehung auf operae locari solitae und locari non solitae in Betracht.

**) Die uneigentliche Bedeutung der Benennungen merces, conducere, locare ersieht man am besten beim mensor. Tit. Dig. 11,6 cum L. 4 § 1 D. cit. 10,1.

***) Für die allgemeine Haftung der Aerzte sind allerdings in L. 6 § 7 D. de off. praes. 1,18 Vorschriften gegeben, aber für manche andere Klassen nicht (wenigstens im klassischen Recht).

Digitized by Google

adnumeratur." Sie wußten wohl, daß das „ex locato" des Ulpian seine praktische Bedeutung verloren habe, wollten es daher nicht mit in das kurzgefaßte Lehrbuch der Institutionen aufnehmen, scheuten sich jedoch andererseits auch, den Ausspruch eines Juristen von dem Ansehen und von der Bedeutung Ulpian's derart zu ändern, daß sie statt „ex

nariam spernere" übte zwar insofern noch seine Nachwirkung, als man die nackte Thatsache des mercedem sumere zu verhüllen suchte durch die extraordinaria cognitio. In Wirklichkeit aber war es nicht mehr praktisch, wie gerade an dem Institut der extraordinariae cognitiones de mercedibus zu erkennen ist. In Wirklichkeit war es schon zu Ulpian's Zeiten nicht mehr praktisch, sondern äußerte schon zu seiner Zeit nur noch indirekte Nachwirkung (extr. cogn.), wie hervorgeht aus

> L. 19 § 1 D. de donat. 39,5 (Ulp.): „Labeo scribit, extra causam donationum esse talium officiorum mercedes, utputa si tibi affuero, si satis pro te dedero, si qualibet in re opera vel gratia mea usus fueris." Cfr. L. 34 § 1 D. eod. (Lebensrettung galt als unbezahlbar, das für sie Hingegebene war demnach keine merces). —

Vergleichungsweise mag hier noch angeführt werden aus späterer Zeit die L. 17 Cod. de loc. et cond. 4,65 (impp. Diocl. et Max. a. 290):

> „Praeses provinciae ea, qnae ex locatione debentur, exsolvi sine mora curabit non ignarus, ex locato et conducto actionem, quum sit bonae fidei, post moram usuras legitimas admittere."

Strikt interpretirt: Der praeses provinciae soll aus Miethe (insbes. Sachmiethe) die Miethklage ohne Verzug ertheilen, da diese Klage als bonae fidei actio Verzugszinsen mit umfaßt. Weit interpretirt: Der praeses provinciae hat auf das Honorar aus Dienstmiethe (den Aerzten, Advokaten u. dgl.) eine extraordinaria cognitio zu ertheilen. Diese Auslegung würde darauf hindeuten, daß die Römer auf manche Rechtsverhältnisse zwar den Gesichtspunkt der Dienstmiethe — in einem weiteren, nicht technischen Sinne — angewendet, aber aus ihnen nicht die Dienstmiethklage ertheilt haben. Ihr stehen freilich zwei Einwendungen entgegen: 1) Die Stelle erwähnt nicht ausdrücklich die extr. cognitio. Dies thut jedoch L. 1 (L. 2—4) D. de extr. cogn.

Digitized by Google

locato“ etwa „extra ordinem“ oder dgl. schrieben, und ließen daher das „ex locato“ einfach weg. — Dieselbe Scheu, derselbe Respekt vor Ulpian's Autorität scheint die Kompilatoren veranlaßt zu haben, das ulpianische „ex locato“ unverändert — auffallend ist nur, daß sie es nicht wenigstens in das unter allen Umständen richtigere ex conducto umgewandelt haben — in die Digesten aufzunehmen, und für sie war jedenfalls auch die Rücksicht maßgebend, daß der Gesichtspunkt der Dienstmiethe nicht vollständig durch die extraordinaria cognitio ausgeschlossen werde. [116])

2. Heutiges Recht.

Die oben gegebene Darstellung des reinen römischen Rechts kommt für die heutige Auffassung des Rechtsverhältnisses zwischen Arzt und Patienten insofern in Betracht, als sie folgendes hier zu rekapitulirendes Resultat liefert:

Die Römer wendeten, wie überall, so auch beim Arzte, den Gesichtspunkt der Dienstmiethe an auf solche Dienste, welche im römischen Sinne operae locari solitae waren. [117])

50,13 ebenfalls nicht. 2) Sie sagt nicht „ex locatione operarum, sondern schlechthin „ex locatione.“ Aber gerade die Allgemeinheit dieses Ausdruckes, verglichen z. E. mit L. 1 pr. D. cit. 50,13: „Praeses prov. de mercedibus jus dicere solet“, würde uns vielleicht das Recht geben, anzunehmen, daß in L. 17 Cod. cit. u. A. auch von Dienstmiethe in weiterem Sinne die Rede sei. — Trotzdem möchte ich die strikte Interpretation vorziehen. Die Stelle hat also für uns insofern Werth, als in ihr zusammen erwähnt werden praeses provinciae und Miethe, was immerhin zu denken giebt (und vielleicht in Verbindung mit den oben zitirten L. 19 § 10 L. 38 § 1 L. 13 § 4 cit. 19,2 etc. zu dem Schlusse berechtigt, daß die Römer eine Dienstmiethe eigener Art gekannt haben, welche lediglich eine extraordinaria cognitio erzeugte).

117) Nirgends wird ausdrücklich gesagt, daß die operae eines Arztes als solchen locari non solitae seien (wo sie dagegen

Digitized by Google

Dies ist die allein für uns noch brauchbare Quintessenz der römischen Rechtsbestimmungen [118]).

Wir haben also dann auf den Arzt den Gesichtspunkt der Dienstmiethe anzuwenden, wenn in heutiger Zeit und im heutigen Sinne [119]) die operae eines Arztes locari

implicite als solche behandelt werden — L. 1 § 1 D. de extr. cogn. 50,13 *) —, ist dies lediglich zu erklären mit dem für ingenui geltenden Prinzip des „mercenariam operam spernere **). Im Uebrigen erwähnen die Römer als ein „factum, quod locari non solet," nur die Manumission eines Sklaven (L. 5 § 2 D. de praescr. verb. 19,5), also ein an sich schon ganz selbstverständliches Beispiel (die Manumission ist nicht allein locari non solita, sondern in den Augen römischer Juristen schlechterdings locari non idonea).

[118]) Daß die Römer den Begriff der operae loc. sol. eingeschränkt haben bei artes liberales mit Bezug auf ihr (Sklaven- und) Libertinenwesen und auf den hiermit zusammenhängenden Grundsatz der Verschmähung von Lohnarbeit für ingenui, daß sie also operae loc. sol. nur bei freigelassenen Aerzten annahmen, kann h. z. T. nicht mehr in Betracht kommen, da servitus, libertinitas und ingenuitas, sowie die hieran sich reihenden Konsequenzen weggefallen sind.

[119]) Operae locari solitae im röm. und im heut. Sinne fallen insofern zusammen, als beide Begriffe in sich fassen die operae, quae locari solent. Sie gehen jedoch insofern wieder auseinander, als erstere die operae, quae apud Romanos locari solebant, letztere dagegen diejenigen, quae apud nos locari solent, bezeichnen.

*) Cfr. Basilic. XX. 4 fr. 27. Gerade bei dieser — von Mommsen der L. ult. D. de praescr. verb. 19,5 einverleibten — rechtshistorisch immerhin interessanten Stelle habe ich bedauert, daß mir die zu handschriftlichen Studien der fragl. Digestenstelle erforderliche Zeit bis jetzt gefehlt hat.

**) Sowie sich aus dem „merc. op. spernere" der Römer die dürftige Behandlung der Dienstmiethe in röm. Rechtsquellen erklärt, so erklärt sich andererseits aus dieser dürftigen Behandlung in Verbindung mit jenem röm. Grundsatze der Umstand, daß auf manche „Gewerbe" z. B. auf dasjenige des Feldmessers — der Gesichtspunkt der Dienstmiethe schlechterdings nicht angewendet wurde. Vgl. den Anhang.

Digitized by Google

solitae — mercenariae — sind. Operae locari solitae oder mercenariae im heutigen Sinne[119]) sind solche Dienstleistungen, welche im Verkehr der Menschen unter einander einen bestimmten vermögensrechtlichen Werth haben und deshalb gegen eine in Geldzahlung bestehende, durch Vertrag, Gesetz oder Gewohnheitsrecht fest bestimmte [120]) Gegenleistung prästirt zu werden pflegen [121]). Wir müssen in Anwendung dieser Definition (weiter) fragen: Haben die Dienstleistungen eines heutigen Arztes einen vermögensrechtlichen Werth? Diese Frage ist unbedingt zu bejahen, obgleich sie verneint wird von

Wetzel Syst. 1878 § 8 S. 64.

Vgl. Windscheid II § 404 Not. 3 gegen Ende.

[Man kann die eben aufgestellte Frage in gleichbedeu-

Während die Dienstmiethe für römische ingenui eine sehr geringe Rolle spielte (sutores, fullones, fabri etc. waren wohl größerentheils Freigelassene), spielt sie im heutigen Recht eine so gewichtige Rolle, daß man mit Grund behaupten darf, es gebe in heutiger Zeit keine „operae" locari non solitae mehr. So sagt auch Dankwardt in den Jahrbb. f. Dogm. Bd. XIII. S. 310 mit Recht, „das Requisit der operae locari solitae" habe in heutigen Verhältnissen „keinen praktischen Werth mehr."

[120]) D. h. so fest bestimmte, daß sie richterlich bestimmbar ist.

[121]) Die beiden neben einander angegebenen Kriterien der operae locari solitae im heutigen Sinne bedingen sich gegenseitig, stehen und fallen mit einander: Wenn eine Dienstleistung vermögensrechtlichen Werth hat, so pflegt sie gegen eine bestimmte in Geldzahlung bestehende Gegenleistung geleistet zu werden, und wenn sie gegen eine bestimmte Geldzahlung geleistet zu werden pflegt, so hat sie unter allen Umständen vermögensrechtlichen Werth oder vermögensrechtliches Interesse. — Einige verlangen — mit Durcheinandermengung von Kauf und Miethe — für den Begriff der operae locari solitae, daß die Dienstleistungen einen „festen Marktpreis" haben. (Vgl. Seuff. Arch. XXVII. 220.) — Was ist „fester Marktpreis"? Mit solchen, lediglich zur Erschwerung und Verdunkelung der einfachen Frage hervorgesuchten Ausdrücken ist schlechterdings nichts anzufangen.

Digitized by Google

tender Weise auch so fassen: Pflegen h. z. T. die ärztlichen Dienste geleistet zu werden gegen eine bestimmte, in Geldzahlung bestehende Gegenleistung?]

Werth — oder vermögensrechtlicher Werth — ist der durch ein Quantum [122]) von (als Werthmesser angenommenen) Einheiten [123]) ausgedrückte Grad der Brauchbarkeit und Vertauschungsfähigkeit einer Sache oder Leistung. Heutzutage geht der Zug der Zeit dahin, daß Alles, was Geld kostet und für Geld zu haben ist, als Waare betrachtet wird. [124]). — Ebensowohl, wie h. z. T. die Dienstleistungen der Amme, Kinderwärterin, Gesellschafterin, Vorleserin, des Setzers — man denke an Bücher lediglich wissenschaftlichen oder ästhetischen Inhalts —, Krankenwärters, Hauslehrers [125]), Erziehers, des für einen Privatball gemietheten Klaviervirtuosen u. s. w. einen vermögensrechtlichen Werth haben und ebensowohl wie demnach die angeführten Personen ihre Dienste zu vermiethen,

[122]) Preis.

[123]) Geld, Münzen. Vgl. Windscheid a. a. O.

Hat etwa die Gesundheit bloß einen ästhetischen Werth? Wie man allgemein behauptet, hat freilich die Gesundheit einen unschätzbaren Werth (ist nicht mit allen Reichthümern zu bezahlen). Aber im einzelnen Falle wird ein thätiger Mensch, welcher zu seinen Berufsgeschäften der Gesundheit bedarf — insbes. also ein Geschäftsmann —, ziemlich genau (mit Beschränkung auf bestimmte Zeiträume) ausrechnen können, wie viel ihm die Gesundheit werth ist (m. a. W. wie viel Schaden — lucrum cessans und damnum emergens zusammengerechnet — ihm die Krankheit verursacht). Die Behauptung Wetzell's a. a. O. darf daher mindestens als zu allgemein bezeichnet werden, da sie die speziellen Umstände, welche für einen Menschen ein besonderes vermögensrechtliches Interesse an seiner Gesundheit begründen können, nicht berücksichtigt.

[124]) Der von Dankwardt a. a. O. S. 311 Not. 2 angezogene Satz „Zeit ist Geld" darf hierbei völlig unberücksichtigt bleiben.

[125]) Jedenfalls liegt hier locatio conductio operarum und nicht — wie Dankwardt a. a. O. S. 377 ff. § 60 anzunehmen scheint — loc. cond. operis vor.

Digitized by Google

d. h. kontraktsmäßig gegen eine bestimmte, in Geldzahlung bestehende Gegenleistung zu prästiren pflegen, ebensowohl haben auch die operae des heutigen Arztes einen vermögensrechtlichen Werth und pflegen nur gegen eine bestimmte pekuniäre Gegenleistung verabfolgt zu werden.

Vgl. Seuff. Arch. II. 177. IX. 29. XII. 154. XX. 30. XXIX. 126. XXXI. 234. — [126])

Ob die Gegenleistung von den Kontrahenten fest vereinbart oder ob sie in der Taxe vorgeschrieben oder durch Sitte und Gewohnheit fixirt ist, ist hierbei durchaus gleichgültig, da in jedem Falle eine bestimmte (pekuniäre) Gegenleistung — merces certa constituta — vollständig vorliegt. — Ist die Gegenleistung weder durch Vertrag, noch durch Gesetz oder Gewohnheitsrecht (und Sitte) genügend fixirt — dieser Fall kann bei Dienstmiethe überhaupt, da Tagelöhnerpreise durch Lokalsitte fixirt zu sein pflegen, nur noch selten und bei dem Vertrage mit einem Arzte nach Einführung der Taxen wohl nie mehr eintreten —, so ist im Zweifel anzunehmen, daß der Empfänger der Dienste dasjenige — im Einverständniß mit dem Dienstleistenden — als Entgelt prästiren will, was der Dienstleistende als der sachverständigere Theil fordern wird (wobei eine später etwa eintretende Meinungsverschiedenheit über die Größe der merces natürlich durch richterliches arbitrium zu schlichten ist [127])). Also auch in diesem Falle

[126]) Mit spezieller Beziehung auf das Mandat ist andererseits richtig entschieden in Seuff. Arch. XVII. 124. — Entfernt zu vergl. ist noch das. Bd. XVIII. Nr. 239.

[127]) Cfr. L. 22 § 1 D. de R. J. 50,17. — Ob man mit Dankwardt a. a. O. S. 312 annehmen darf, daß in solchem Falle die extraordinaria cognitio des römischen Rechts noch heute praktisch sei? Diese Frage wird zu verneinen sein, da die römische extraord. cognitio — abgesehen davon, daß sie auf besonderen römischen Prozeßeinrichtungen beruhte — für Fälle der eben im Text geschilder-

Digitized by Google

würde ein nach den Grundsätzen der Miethe zu beurtheilender Vertrag vorliegen.[128]) — Der Umstand ferner, daß bisweilen die Aerzte den Armen[129]) unentgeltlich ihre Hülfeleistung zu Theil werden lassen,

[Zimmermann a. a. O. S. 228]

ist für unsere Frage vollkommen irrelevant. In solchem — selteneren, nur ausnahmsweise eintretenden — Falle liegt allerdings keine Dienstmiethe vor — weil die merces constituta fehlt —, sondern ein wirkliches beneficium[130]), eine donatio (die Haftung des Arztes würde jedoch auch in diesem Falle nach der allgemeinen Vorschrift Ulpian's in L. 6 § 7 D. de off. praes. 1,18 sich erstrecken auf omnis culpa).

Da nachgewiesen ist, daß die operae des Arztes nach

---

ten Art durchaus nicht eingeführt war, sondern ursprünglich nur den Zweck hatte, die rigorosen Konsequenzen des „mercenariam operam spernere" bei ingenuis zu elidiren, und sich später ausdehnte auf alle Fälle der Vermiethung von nicht als Handarbeit zu charakterisirenden operae. — Viel eher würde unter besonderen Umständen — cfr. L. 22 cum L. 5 § 2 D. de praescr. verb. 19,5 und vgl. die folgende Note — eine actio praescr. verbis zulässig sein. — Vgl. noch

Seuff. Arch. Bd. XVII. Nr. 124. Bd. XX. Nr. 30. [Oldenb. Reg.-Bek. vom 7/11. Febr. 1837 und v. 18/22. Decbr. 1883.]

128) Man würde diesen Vertrag, wenn bereits seitens des Arztes oder aber seitens des Patienten geleistet worden wäre und wenn man unpraktische Benennungen des röm. Rechts vorziehen wollte, einen Innominatkontrakt nennen können, ohne daß hieraus sich praktisch eine andere Beurtheilung des Geschäfts ergeben dürfte.

129) Die überhaupt für die seitens der Aerzte oder Advokaten den Armen unentgeltlich zu leistenden Dienste getroffenen staatlichen Bestimmungen gehören übrigens lediglich dem öffentlichen Rechte an.

[Vgl. Seuff. Arch. III. 102 XIX. 270.]

130) Wohlthäter ist hier, wenn das beneficium auf gesetzlicher Vorschrift beruht, der Staat; anderenfalls der Arzt.

Digitized by Google

heutiger Lebensanschauung, heutiger wissenschaftlicher Doktrin[131]) und Praxis (vgl. S. 134) im Allgemeinen als locari solitae gelten (daß sie für beide Theile ein vermögensrechtliches Interesse[132]) bieten und gegen eine bestimmte pekuniäre Gegenleistung prästirt zu werden pflegen), so haben wir auf sie dieselben Grundsätze anzuwenden, welche auch das römische Recht auf operae locari solitae in Anwendung brachte[133]), nämlich die Grundsätze der Dienstmiethe.[134]) [135]) [136])

---

[131]) Windscheid § 404 Not. 4. Struben, rechtliche Bedenken 1761. I. 172.

Vgl. Förster, Th. u. Pr. des heut. gem. preußischen Privatr. Bd. II. 1869 S. 258 ff., insbes. S. 265. 268.

[132]) Daß insbesondere die Dienste eines Thierarztes, welcher zur Behandlung eines kranken Thieres gerufen wird, für den Empfänger derselben — den Eigenthümer des Thieres — unmittelbar einen vermögensrechtlichen Werth haben, wird auch Wetzell nicht in Abrede stellen wollen.

[133]) Wir werden uns hierbei freilich genöthigt sehen, auf unsere Aerzte diejenigen Bestimmungen anzuwenden, welche das klassische Recht der Römer nur kannte für medici libertini (über diese ging damals der Begriff der operae medicorum quae locari solent nicht hinaus).

[134]) Bluntschli, deutsches Privatrecht Bd. II. 1854 § 126 hat zwar für Verträge mit „Aerzten, Advokaten, Lehrern, Technikern u. s. f." den besonderen Namen „Freidienstvertrag" erfunden, unterläßt es jedoch, die für diesen Vertrag geltenden — besonders die Haftungs- — Grundsätze (er spricht lediglich über die Dauer des Vertrages und über das Honorar) und die Stellung des „Freidienstvertrages" im System der gemeinrechtlichen Verträge genau anzugeben. Es ist mir daher nicht klar, was Bluntschli mit solcher, für die Praxis — diese verlangt vor allen Dingen bei jedem Vertrage die Angabe der Haftungsregeln, von denen z. B. der Beweissatz völlig abhängt — ganz unbrauchbaren und demnach (da auch die Wissenschaft durch sie keineswegs bereichert wird) mit vollem Recht als müßig zu bezeichnenden Erfindung eines neuen Namens (ohne Angabe der für ihn zutreffenden Rechtssätze) eigentlich bezwecken will. Wenn es für die Wissenschaft und Praxis bloß ankäme auf die

Digitized by Google

Der Arzt haftet demnach, wie jeder locator operarum,

Erfindung neuer Namen, so würde ich statt des verzwickten Ausdrucks „Freidienstvertrag“ eher noch die Benennung „Honorarvertrag“*) wählen, aber ich würde wenigstens die — von Bluntschli leider außer Acht gelassene — Vorsicht gebrauchen, dem so gewählten Namen eine reale Basis zu geben, indem ich hinzufügte: Auf den „Honorarvertrag“ finden Anwendung die gemeinrechtlichen Grundsätze der Dienstmiethe. Ohne solchen Zusatz schwebt der Vertrag, für welchen der neue Name erfunden ist, und zwar gerade deshalb, weil der Name so neu ist, völlig in der Luft.

135) Man braucht einen solchen Dienstmiethvertrag nicht gerade einen „stillschweigenden“ zu nennen, wie es geschieht in Seuff. Arch. XXI. 48. [Vgl. das. Nr. 47 und 49.] Vgl. Weiske's Rechtslex. Bd. VII. S. 809 f.
Oder man müßte denn zugeben, daß es h. z. T. viel mehr „stillschweigende“ als ausdrückliche Dienstverträge giebt.

136) Für den Fall, daß Jemand der Ansicht sein sollte, gegen den Arzt sei eine Klage aus Dienstmiethe doch nur analog, nicht aber jure directo zulässig, dürfte sich noch die Möglichkeit bieten, etwa eine actio conducti utilis zu ertheilen. Eine utiliter ertheilte Miethklage wird m. W. in den Quellen mindestens an zwei**) Stellen erwähnt, nämlich einmal in den Digesten und einmal im Codex.
1. L. 38 § 21 D. de V. O. 45,1 (Ulpian): „Si quis“ etc.***), . . . constat habere eum utilem ex locato actionem.“

*) Der Name „Honorarvertrag“ läßt sich noch aus folgenden Gründen empfehlen: Wenn auch in Anwendung gemeinrechtlicher Grundsätze auf heutige Verhältnisse der Vertrag zwischen Arzt und Patienten als Dienstmiethe aufzufassen ist, so stand doch aus solchem Vertrage nach römischem Recht dem Patienten gegen den Arzt und vorwiegend umgekehrt dem Arzte gegen den Patienten auf das Honorar die extraordinaria cognitio zu. Diese geschichtliche Besonderheit prägt sich sehr gut aus in dem Worte „Honorarvertrag“.

**) Eine dritte Stelle, in welcher jedoch das „utiliter“ im uneigentlichen Sinne gebraucht wird und soviel heißt als: „in rechtlich wirksamer Weise“, ist noch L. 24 § 4 c. f. D. h. t. 19,2: „utiliter ex conducto agit“ rel. (Paulus).

***) Die hier als Beispiele angeführten Fälle kommen freilich für unsere Frage nicht in Betracht.

Digitized by Google

für jede Fahrläſſigkeit, bzw. für den aus ihr dem conductor erwachſenen Schaden. [137]) [138]) Er muß in ſeiner Eigen-

2. L. 4. Cod. quando ex facto tut. vel curat. min. ag. vel conv. poss. 5,39 (impp. Diocl. et Max. a 293—304): „utilis tibi quaeri potuit . . . conductoris actio."

[Vgl. z. E. über eine utilis emti actio L. 18 § 25 D. de A. E. V. 19,1 und über eine utilis actio depositi L. 8 i. f. Cod. ad. exhib. 3,42.]

Die Annahme einer actio conducti utilis würde jedoch, nachdem konſtatirt iſt, daß in heutiger Zeit die Dienſte des Arztes wirkliche operae locari solitae ſind, als völlig unmotivirt bezeichnet werden dürfen.

[137]) Die Haftung des Arztes ſchlechthin — abgeſehen von ſeiner Eigenſchaft als Dienſtvermiether — wird erörtert S. 140 ff.

[138]) L. 31 c. f. D. h. t. 19,2: „ . . . culpam . . . debere; nam in re, quae utriusque causa contraheretur, culpam deberi." *)

L. 60 § 7 D. eod.: . . . sin autem ipse eum (mulionem servum) „locassem, non ultra me tibi praestiturum, quam dolum et culpam meam" rel. L. 9 pr. (L. 19 § 1 L. 55 pr.) D. eod. *)

Cfr. L. 9 pr. § 5 L. 11 § 3 i. f. L. 13 pr. § 1. 4—6 L. 19 § 1 L. 25 § 7 L. 60 § 2 D. eod. § 5 Inst. h. t. 3,24.

L. 28 Cod. h. t. 4,65: „In judicio tam locati quam conducti dolum et custodiam, non etiam casum, cui resisti non potest, venire constat." **)

L. 1 Cod. eod.: (Locator) „periculum vis majoris . . . praestare non cogitur."

Cfr. L. 14 Cod. eod.

L. 3 § 1 D. nautae 4.9: „ . . . in locato conducto culpa . . . praestatur."

Cfr. L. 5 pr. i. f. D. eod.

*) Von den hier und im Weiteren zitirten Stellen erörtern manche die loc. cond. operis oder auch rerum, deren Haftungsgrundſätze im Allgemeinen auf die loc. cond. operarum analoge Anwendung finden dürfen.

**) Vgl. die von Kritz, Pand. R. Bd. I. 2 S. 284 mit Recht als „das Muſter einer nichtsſagenden Stelle" bezeichnete L. 22 Cod. eod. 4,65.

Digitized by Google

schaft als Dienstvermiether summam diligentiam und diejenige Sachkunde und Geschicklichkeit prästiren, welche man bei einem Arzte voraussetzen darf (vgl. S. 140 ff. und S. 150 ff.).

Nachdem gezeigt ist, daß h. z. T. auf den Vertrag zwischen Arzt und Patienten die Grundsätze der Dienstmiethe anzuwenden seien und daß der Arzt als Dienstvermiether für omnis culpa hafte, soll nunmehr noch gezeigt werden, daß nach gem. Recht auch der Arzt als Arzt schlechthin für omnis culpa hafte.

[Die nachfolgende Ausführung ist besonders gegen Zimmermann a. a. O. (hier Bd. 56 S. 222 ff. gerichtet.)

L. 5 § 2 D. commod. 13,6: „ . . . nisi forte et merces accessit. Tunc enim . . . etiam culpa exhibetur . . . Sed ubi utriusque utilitas vertitur, . . . ut in locato, . . . et dolus et culpa praestatur."

L. 5 § ult. D. eod. L. 10 § 1 eod.

L. 23 D. de R. J. 50,17: „ . . . dolum et culpam locatum . . . in his quidem et diligentiam . . . Animalium vero casus, mortesque, quae sine culpa accidunt, . . . a nullo praestantur."

Cfr. L. 108 § 12 c. f. D. de leg. I. (30).

L. 5 § 3 D. ad leg. Aqu. 9,2.

L. 7 § ult. L. 8 pr. D. eod. L. 27 § 9 eod.

L. 12 pr. L. 14 § 12 L. 48 § 4 D. de furt. 47.2. — *) Vgl. noch die von v. Wenig-Ingenheim, Schadensersatz § 87 zitirten Stellen. Hellfeld, jurispr. for. § 1055. Hasse, die Culpa 1838 § 95 S. 373 f. Pufendorf, de culpa 1741 p. 281 squ.

---

*) Die in einigen der angeführten Stellen erwähnte besondere Haftung für custodia, welche durch „Vertrag" — die gegen Lohn übernommene custodia repräsentirt eine loc. cond. operarum mit exzeptionell erweiterter (bis an den casus reichender: L. 40.41 D. h. t. 19,2) Haftung — oder „stillschweigend" „im Sinne des Geschäfts" übernommen werden kann (Windscheid II. § 401 Not. 2) ist natürlich für unsere Frage an sich irrelevant.

Digitized by Google

B. Haftung der Aerzte nach gemeinem Recht.

I. Die Aerzte, welche „salutis hominum . . . curam agant“ [139]) und bezüglich derer daher keineswegs das von Ulpian L. 1 § 1 D. si mensor 11,6 über den Feldmesser Gesagte:

„ . . . proinde si imperite versatus est, sibi imputare debet, qui eum adhibuit; sed et si negligenter, aeque mensor securus erit“ rel.

Geltung haben darf, haften — was auch Zimmermann a. a. O. S. 224 f. zugiebt — nach römischem Recht für omnis culpa. Die Beweisstellen hierfür sind folgende (außer den oben ad IV. bereits angeführten, jedoch mit Gesetzeskraft nicht versehenen):

1. L. 7 § ult. D. ad leg. Aqu. 9,2 (Ulpian):

„Proculus ait, si medicus servum imperite secuerit. vel ex locato vel ex lege Aquilia competere actionem.“ Vgl. oben ad IV.

2. § 7 Inst. de lege Aqu. 4,3:

„Imperitia quoque culpae adnumeratur, veluti si medicus ideo servum suum occiderit, quod eum male secuerit aut perperam ei medicamentum dederit.“

Man darf bei dieser — da sie den Standpunkt des justinianeischen Rechtes ex professo bezeichnet, für unsere Frage sehr wichtigen — Stelle nicht etwa einwenden, hier

[139]) Ulpian L. 1 § 1 D. de extr. cogn. 50,13. Der Gedanke der Wichtigkeit des ärztlichen Berufes influirt jedenfalls auf die Haftung der Aerzte, Hebeammen ꝛc. ganz bedeutend. Das hier über die Haftung des Arztes Gesagte trifft jedoch in gleichem Maße auch z. B. für Thierärzte — bei deren Thätigkeit es sich freilich nicht um Menschenleben handelt — zu. Die Analogie liegt zu nahe und vor Allem verdient der Umstand Berücksichtigung, daß die Aerzte gesetzlich in gleicher Weise bei der Behandlung eines Sklaven — der doch nicht als Mensch galt und in seiner Eigenschaft als bloße Sache den Hausthieren völlig gleich stand — verantwortlich gemacht wurden, als bei derjenigen eines Menschen.

Digitized by Google

sei von einer actio legis Aquiliae die Rede und bei Sachbeschädigungen werde natürlich von Jedermann für culpa levissima (casu proxima) gehaftet, so daß also die Stelle für die spezielle Haftung des Arztes gar nicht in Betracht komme. — Hier ist arg. L. 7 § ult. cit. 9,2 gewiß nicht allein von der actio damni injuria dati die Rede, sondern Justinian will jedenfalls neben ihr im Einverständniß mit Ulpian irgend eine Klage aus der vom Arzte übernommenen Verpflichtung (ob gerade die actio conducti? vgl. oben.) ertheilen.

Vgl. Zimmermann a. a. O. S. 225.

3. L. 52 pr. D. eod. 9,2 (Alfenus):

„Si ex plagis servus mortuus esset, neque id medici inscientia aut domini negligentia accidisset, recte de injuria occiso eo agitur."

Die „inscientia" steht hier an Stelle der im § 7 Inst. cit. 4,3 gewählten imperitia und für jene gilt das S. 143 ff. über die letztere Gesagte in gleichem Maße. Die L. 52 pr. cit. ist arg. L. 11 § 3 L. 30 § 4 D. eod. in dem im Anhange angedeuteten Sinne zu interpretiren. Wer einen fremden Sklaven halbtodt prügelt, haftet, wenn der Tod des letzteren dem behandelnden Arzte oder dem Eigenthümer zur Last fällt, nur wegen Beschädigung des Sklaven (de vulnerato oder ähnlich), während wegen Tödtung 1) wenn der medicus sich inscientia hat zu Schulden kommen lassen, dieser [und zwar elektiv der actio conducti (arg. L. 7 § ult. D. eod. — locati —; L. 9 § 5 L. 13 § 5 D. loc. cond. 19,2) — bezw. der extraordinaria cognitio (L. 1 § 9 § ult. D. de extr. cogn. 50,13) — und der in factum actio damni injuria dati (nämlich de injuria occiso)], dagegen 2) wenn der Eigenthümer selbst z. B. die Pflege des Sklaven vernachlässigt hat, Niemand haftet.

Digitized by Google

4. § 6 Inst. de lege Aqu. 4.3:

„Praeterea si medicus, qui servum tuum secuit, dereliquerit curationem, atque ob id mortuus fuerit servus, culpae reus est.“

Auch hier wird eine elektive Klagenkonkurrenz in der schon oben ad 2 angedeuteten Weise stillschweigend vorausgesetzt (arg. L. 7 § ult. cit. 9,2). Unter der culpa ist hier ohne Zweifel omnis culpa zu verstehen.

5. L. 8 pr. D. ad leg. Aq. 9,2 (Gajus):

„Idem juris est“ — vgl. das unmittelbar vorhergehende „vel ex locato vel“ etc. —, „si medicamento perperam usus fuerit. Sed et qui bene secuit et dereliquit curationem, securus non erit, sed culpae reus intelligitur.“ —

Cfr. Collat. XII. 7 § 7 (Ulpianus libro XVIII. ad edictum).

6. L. 6 § 7 D. de off. praes. 1,18 (Ulpian):

„Sicuti medico imputari eventus mortalitatis non debet, ita quod per imperitiam commisit, imputari ei debet: praetextu humanae fragilitatis delictum decipientis in periculo homines innoxium esse non debet.“

Ulpian will hier sagen, daß allerdings der Arzt nicht für Zufall — „eventus mortalitatis“ — hafte,

[Cfr. L. 23 i. f. D. de R. J. 50,17 (Ulpian): „Animalium vero casus, mortesque, quae sine culpa accidunt, . . . a nullo praestantur.“ Dies scheint für den Thierarzt geschrieben zu sein.]

daß er jedoch bei seiner für Andere periculosen Berufsthätigkeit omnem culpam zu prästiren habe. — Auf omnis (levis) culpa gehen die drei Ausdrücke: decipere, imperitia und humana fragilitas („delictum decipientis“ „per imperitiam“ „praetextu humanae fragilitatis“), wie im Einzelnen noch unter a. b. u. c. gezeigt werden soll.

a. Das decipere der L. 6 § 7 cit. bedeutet nichts anderes als: durch Fahrlässigkeit, Unkunde und Ungeschicklich-

Digitized by Google

keit das Vertrauen der „in periculo“ die ärztliche Hülfe in Anspruch nehmenden Personen täuschen (und läßt nicht etwa, wie

Zimmermann a. a. O. S. 224

behauptet, „nur an dolus und die demselben gleichgesetzte culpa lata“ denken).

b. Die imperitia in dieser Stelle und im § 7 Inst. cit. 4,3 (cfr. L. 7 § ult. cit. 9,2: „imperite“) kann allerdings, wie Zimmermann a. a. O. S. 224 Not. 8 mit Recht behauptet, bisweilen lata culpa bedeuten, nämlich dann, wenn dies ausdrücklich dabei erwähnt wird. Wo dagegen von imperitia schlechthin gesprochen und dabei diese noch dazu der culpa schlechthin gleichgestellt wird — wie z. B. im § 7 Inst. cit. 4,3 —, ist sowohl unter der „imperitia“ als unter der „culpa“ omnis (also sowohl levis als lata) culpa zu verstehen. — In Betracht kommen für diese Behauptung folgende Stellen.

L. 1 § 1 D. si mensor 11,6: „... satis abundeque coerceri mensorem, si dolus malus solus conveniatur ...; proinde si imperite versatus est, sibi imputare debet, qui eum adhibuit; sed et si negligenter, aeque mensor securus erit; lata culpa plane dolo comparabitur.“ — Ulpian nennt hier zunächst den dolus und schließlich die lata culpa, welche beide den mensor haftbar machen. Dazwischen jedoch erwähnt er zwei Beispiele einer den mensor nicht zum Ersatz verpflichtenden culpa levis, nämlich das „imperite“ und das „negligenter“ versari (welche also, obgleich beide als levis culpa aufgefaßt, doch unter sich mit Recht noch unterschieden werden). Ebenso werden „imperitia“ und „negligentia“ alternativ nebeneinandergestellt in L. 52 pr. D. cit. 9,2 und in:

L. 30 § 3 D. ad leg. Aq. 9,2 (Paulus): „... re-

Digitized by Google

quiramus, num imperitia ejus, aut negligentia id accidit; nam si“ (hisce causis id acciderit) . . „culpae reus est.“

Man darf arg. L. 52 pr. cit. 9,2 L. 1 § 1 cit. 11,6 die negligentia auffaſſen als eine culpa communis — d. h. eine Verſchuldung, welche von Jedermann und in allen Verhältniſſen begangen werden kann — im Gegenſatze zur imperitia als einer culpa specialis (d. h. einer Verſchuldung, welche nur in beſonderen Verhältniſſen und nur von Leuten begangen werden kann, denen in dem Punkte, in dem ſie fehlten, eine beſondere Sachkunde zugemuthet und zugetraut wird). [140])

L. 8 § 1 D. eod. 9,2 (Gajus): „ . . . si per imperitiam impetum mularum retinere non potuerit“ — mulio — (im Zweifel liegt hier jedenfalls keine grobe Schuld vor), „ . . . vulgo dicitur culpae nomine teneri.“

§ 8 Inst. de lege Aq. 4,3.

L. 27 § 29 D. eod. 9,2 (Ulpian): „Si . . calicem . . . imperitia fregit, damni injuria tenebitur; si vero non imperitia fregit . . ., potest esse excusatus.“

L. 9 § 5 D. loc. cond. 19,2 (Ulpian): „ . . . imperitiam culpae adnumerandam . . . culpam eum praestare debere“ — i. e. culpam omnem ex locatione conductione — „et quod imperitia peccavit, culpam esse“ . . .

L. 13 § 5 D. eod. (Derſelbe): „Si gemma . . .

140) Ein Hinweis auf das im Text Entwickelte findet ſich in L. 9 § 5 i. f. D. loc. cond. 19,2: „quod imperitia peccavit, culpam esse, quippe ut artifex, inquit, conduxit.“ Vgl. die im Text weiterhin zitirte L. 8 § 1 D. ad L. A. 9,2.

Digitized by Google

fracta sit, si quidem vitio materiae . . . , non erit ex locato actio, si imperitia facientis, erit."

L. 132 D. de R. J. 50,17 (Gajus): „Imperitia culpae adnumeratur."

Cfr. princ. Inst de obl. quae quasi ex del. 4,5: „per imprudentiam" (die imprudentia hat jedenfalls eine stärkere und demnach im juristischen Sinne vielleicht engere Bedeutung als die bloße „imperitia", oder „inscientia".); —

L. 5 § 4 D. de O. et A. 44,7.

L. ult. D. de extr. cogn. 50,13. [141])

c. Auch die humana fragilitas oder — wie sie an anderer Stelle genannt wird — infirmitas involvirt eine Spezies der (im Zweifel) levis culpa.

L. 8 § 1 D. ad leg. Aq. 9,2 (Gajus): „. . . dicitur culpae nomine teneri. Idem dicitur, et si propter infirmitatem sustinere mularum impetum non potuerit. Nec videtur iniquum, si infirmitas culpae annumeretur quum affectare quisque non debeat, in quo vel intelligit, vel intelligere debet, infirmitatem suam alii periculosam futuram" (dies ist, zusammengehalten mit L. 6 § 7 D. cit. 1,18, wie für den Arzt geschrieben). „Idem juris est in persona ejus, qui impetum equi . . . propter imperitiam vel infirmitatem retinere non potuit."

§ 8 Inst de lege Aqu. 4,3.

L. 1 § 5 D. si quadr. paup. 9,1 (Ulpian): „. . . si contineri firmius ab alio potuit" . . .

---

[141]) Im Allgem. vgl. noch L. 9 § 2 D. de jur. et f. ign. 22,6. L. 108 D. de R. J. 50,17. L. 7 § 4 D. de jurisd. 2,1 und insbes. für das französische Recht noch Code civil art. 1383: „Chacun est résponsable du dommage, qu' il a causé . . . par sa négligence ou par son imprudence." Brissonius de V. S. verbo „Imperitia".

Digitized by Google

Wir dürfen somit arg. L. 6 § 7 D. cit. 1,18 und auf Grund der oben ad 1—5 und 6 a.—c. angeführten Stellen mit Zuversicht annehmen, daß der Arzt auch als solcher für omnis culpa hafte — exactam diligentiam präſtiren müſſe, — und daß insbeſondere auch die „imperitia“ im Zweifel ſtets — ebenſo wie das ohne Zuſatz gebrauchte Wort „culpa“ omnis culpa andeute. [142] [143]

II. Die zivilrechtliche Haftung für jegliche Verſchuldung theilte der Arzt mit allen Sachverſtändigen (nur die mensores und die im Tit. Dig. si mensor fals. mod. dix. neben ihnen noch Genannten machten hier eine Ausnahme),

---

[142] Zu eigenthümlichen Reſultaten gelangt: Hepp, die Zurechnung auf dem Gebiete des Civilrechts, 1838. S. 28—31.

[143] Zur Vergleichung mögen hier noch einige Stellen lediglich kriminalrechtlichen Inhalts angeführt werden:

Paul. Sent. V. 23 § 19: „Si ex eo medicamine, quod ad salutem hominis vel ad remedium datum erat, homo perierit, is qui dederit, si honestior fuerit, in insulam relegatur, humilior autem capite punitur.“ Cfr. ibid. V. 22 § 3.

Cassiodorus lib. VI epist. 19: „Cumque nulla lex esset, quae puniret inscitiam capitalem, et medicis impune liceret occidere, poena tandem capitis (!) in eos promulgata est, qui imperitia homicidium admisissent“. Cfr. L. 1 § 1 L. 3 pr. § 1. 2 D. ad leg. Corn. de sic. et venef. 48,8. L. 4 § 2 circ. fin. D. eod.: „medico quidem, qui exciderit, capitale erit . . .“ (Vorausgeſetzt wird hier dolus, ebenſo wie in:) L. 1 cum L. 2 D. de lege Pomp. de parric. 48,9: „ . . . ejus legis poena afficitur . . . praeterea qui emit venenum. ut patri daret; — . . . et medicus supplicio affectus.“

Direkt können dieſe wegen ihres allgemeinen Intereſſe's angeführten Stellen freilich für unſere Frage ebenſowenig maßgebend ſein als die von Zimmermann a. a. O. allegirten Art. 134 (149) PGO. und §§ 222. 230 des Reichsſtrafgeſetzbuchs. Indirekt jedoch kommen ſie in höherem Grade als dieſe in Betracht, weil die Römer Privat- und Kriminalrecht nicht in dem bei uns üblichen Maße trennten. — Von nichtjuriſtiſchen Schriftſtellern finden ſich noch

Digitized by Google

welche vertragsmäßig irgend etwas in ihr Fach Einschlagendes auszuführen unternahmen. [144])

L. 27 § 29 D. ad leg. Aqu. 9,2 (oben S. 109): „ . . . et ideo plerumque artifices convenire solent, . . . non periculo suo se facere; quae res ex locato tollit actionem et Aquiliae."

[Die Haftung des Sachverständigen streifte in zugleich aquilischen Fällen (arg. L. 44 pr. D. eod. § 3 Inst. eod. 4,3) ziemlich nahe an den casus? Es wird einfacher sein anzunehmen, daß die Sachverstän-

---

zwei (sowohl kriminell als zivilrechtlich zu verwerthende) goldene Regeln und Moralvorschriften für Aerzte, welche ich nicht unerwähnt lassen möchte:

I. Macrobii Saturn. I. 20:

„ . . . ait Hippocrates oportere medicum dicere de aegro

τά τε παρόντα, καὶ τὰ προγεγονότα, καὶ τὰ μέλλοντα ἔσεσθαι,

id est.

Quae sunt, quae fuerint, quae mox ventura sequentur,

quod congruit divinationibus, qui sciunt

τά τε ὄντα, τά τ' ἐσσόμενα, πρό τ' ἐόντα."

II. Seneca, de clement. lib. I. cap. 17:

„Mali medici est desperare, ne curet. Idem . . . debebit . . . non cito spem projicere nec cito mortifera signa pronuntiare."

[144]) Z. B. Notare haften für omis culpa (Notariatsordnung) wohl schon nach römischem Recht.

Vgl. Seuff. Arch. Bd. XXVII Nr. 136.

Ebenso die Advokaten. L. 14 § 1 Cod. de jud. 3,1: „Patroni autem causarum . . . omni quidem virtute sua omnique ope, quod verum et justum existimaverint, clientibus suis inferre procurent, nihil studii relinquentes, quod sibi possibile est." Vgl. die außerdem von Wetzell, Syst. 1878 § 8 S. 60 Not. 17 noch angef. Reichsgesetze. Jordan im Arch. f. civil. Praxis Bd. XII. S. 201—202. Struben, rechtl. Bed. I. 52.

Digitized by Google

digen durch das „convenire“ non periculo suo se facere zugleich mit der Klage auch den — im Falle der L. 27 § 29 cit. jedenfalls auf sie fallenden — Beweis der prästirten Diligenz vermeiden wollten.]

L. 9 § 5 D. loc- cond. 19,2: „ . . . culpam eum praestare debere“ etc. (vgl. Not. 140).

L. 13 § 5 D. eod.: „ . . . nisi periculum quoque in se artifex receperat; tunc enim, etsi vitio materiae id evenit, erit ex locato actio.“

(Ulpian gibt hier ein eigenthümliches Seitenstück zu dem in L. 27 § 29 cit. 9,2 von ihm Gesagten: „convenire solent“ etc.)

III. Unter der „imperitia“ des Arztes bezw. des Sachverständigen — als einer besonderen Spezies der culpa — ist hier zu verstehen der Mangel desjenigen Wissens und Könnens, welches von dem Durchschnitts-Arzte bezw. dem Durchschnitts-Sachverständigen erwartet — vorausgesetzt — und demnach auch verlangt werden darf. [145]) Vgl. S. 150 ff.

Der Arzt ist frei von Haftung (caret culpa), „si omnia, quae oportuit, observavit,“

L. 30 § 3 circ. fin. D. ad. leg. Aqu. 9,2 —,

aber hervorragende Fähigkeiten dürfen von ihm — von jedem Sachverständigen — nicht verlangt werden. [146])

Windscheid II. § 404 Not. 4.

---

[145]) Der praktizirende Arzt verspricht und versichert durch die Uebernahme der Behandlung von Kranken stillschweigend das Vorhandensein der zu ihr erforderlichen, gewöhnlichen — durchschnittlich bei Aerzten vorhandenen — fachmäßigen Kenntnisse, wie Cicero pro Plancio andeutet mit den Worten; „artes in iis reprehenduntur, qui cum professi fuerint, satisfacere non possunt.“

[146]) L. 9 § 2. D. de jur. et facti ignor. 22,6 (Paulus) „ . . . Labeo definit, scientiam neque curiosissimi neque negligentissimi hominis accipiendam, verum ejus, qui eam rem diligenter inquirendo notam habere possit.“ (Paulus spricht hier frei-

Digitized by Google

Wenn Ulpian in L. 9 § 5 D. cit 19,2 sagt:

„quod imperitia peccavit, culpam esse, quippe ut artifex . . conduxit,"

so ist anzunehmen, daß er sagen will: Was unter dem Durchschnittsgrade fachmäßiger Kenntnisse und Fähigkeiten liegt, macht den artifex als solchen haftbar. — Was nun ein Durchschnitts-Arzt oder Durchschnitts-Sachverständiger wissen und können muß — also welcher Grad der Fähigkeit eines Sachverständigen über der zum Schadensersatz verpflichtenden „imperitia" der Quellen steht —, ist eine außerhalb der Jurisprudenz liegende und daher im einzelnen Falle von Sachverständigen zu beantwortende Frage.

Cfr. L. 31 D. de sol. et lib. 46,3 (Ulpian):

„Inter artifices longa differentia est et ingenii et naturae et institutionis."

IV. So das römische Recht. Wenn Zimmermann a. a. O. S. 225 ff. behauptet (ohne jedoch für diese Behauptung Beweis anzutreten), im „deutschen Rechte" habe sich „ein Umschwung der Ansichten über die Stellung der Aerzte" vollzogen — bezw. nothwendig vollziehen müssen —, so entbehrt dies nicht allein der Begründung, sondern ist auch für unsere Frage insofern irrelevant, als für die unbestritten nach römischem Recht geltende Haftung des Arztes für omnis culpa sich ganz entschieden wieder die herrschende Ansicht der heutigen Juristen erklärt hat. Die Haftungsgrundsätze des deutschen „Rechts" sind im Großen und Ganzen jetzt überall nicht maßgebend, und wenn etwa die Praxis früherer Jahrhunderte — seit Ausbildung der

---

lich von einer „scientia" anderer Art; das von ihm Gesagte mag jedoch analog ausgedehnt werden, da es völlig mit allgemeinen Vernunft- und Rechtsgrundsätzen übereinstimmt). Vgl. noch Seuff. Arch. XX. 204: „die peritia eines artifex ist nicht nach einem absoluten Maßstabe zu beurtheilen."

Digitized by Google

Universitäten in Deutschland — vom Standpunkte des römischen Rechts sich entfernt hat, so hat diese Thatsache dadurch jede Bedeutung verloren, [147]) daß die heutige (Doktrin und) Praxis jenen Standpunkt ganz entschieden wieder angenommen hat.

Seuff. Arch. Bd. XXV. No. 131 Ziff. III. Bd. XXXI. (N. F. Bd. I.) No. 234 S. 298. (Erkenntniß des OAG. zu Oldenburg — Kassationssenat — vom 22. Febr. 1875 in Sachen M. 81): „Die Aerzte... haften für omnis culpa" ...

Windscheid Pand. Bd. II § 404 Not. 4 und cfr. Not. 3.

V. Wir haben zum Schlusse noch kurz anzugeben, wie etwa in einem Beweisurtheil bei Klagen gegen den Arzt auf dessen omissio diligentiae der (in den meisten Fällen dem Kläger obliegende) Kulpabeweis zu formuliren sein würde.

Der Arzt an sich und als locator operarum haftet — wie oben nachgewiesen ist — für jegliches Verschulden, das heißt: 1) Er muß prästiren diejenige Sachkunde und Geschicklichkeit, welche von einem Arzte durchschnittlich erwartet werden darf, oder wie es in Seuff. Arch. N. F. Bd. I No. 234 (cfr. Windscheid II. § 404 Not. 4) noch besser formulirt wird: „.. welche man in der ärztlichen Kunst bei gewöhnlichem Fleiße und gewöhnlicher Gewissenhaftigkeit zu erwerben im Stande ist." 2) Er muß beobachten die Sorgfalt eines ordentlichen Menschen. — Beim Arzt — überhaupt bei jedem Sachverständigen — ist die ad 1) genannte mit der ad 2) er-

[147]) Ich habe es daher für überflüssig gehalten, die von Zimmermann l. c. S. 225—230 über die früher in Deutschland herrschende Praxis aufgestellten Behauptungen event. zu widerlegen. Das lediglich durch Praxis Eingeführte verliert bei entgegenstehender späterer Praxis seinen praktischen Werth.

Digitized by Google

wähnten Verpflichtung untrennbar verbunden und beide fallen stets zusammen (stehen und fallen mit einander). Wer als Arzt sich diejenige Sachkunde und Geschicklichkeit, welche man in der Arzneikunde „bei gewöhnlichem Fleiße und gewöhnlicher Gewissenhaftigkeit zu erwerben im Stande ist", erworben und das so erworbene Wissen und Können im konkreten Falle richtig angewendet hat — es nicht daran hat fehlen lassen —, der hat vollständig gehandelt als diligens homo („cujus personam incredibile est facile errasse"; L. 25 pr. circ. fin . cit. 22,3), hat diligentia in abstracto prästirt. Wer es dagegen — kontraktlicher Verpflichtung entgegen — unterläßt, solche Sachkunde und Geschicklichkeit zu prästiren, begeht eine — im Zweifel levis — culpa in abstracto.[148]) Daß hier, wo es sich um einen Menschen handelt, der zugleich Sachverständiger ist — was schwerer ist, als schlechthin diligens homo zu sein, und demnach einestheils mit etwas gemäßigter Konsequenz behandelt sein will, andererseits aber auch zu höheren Anforderungen berechtigt —, die diligentia diligentis (hominis, patrisfamilias) und die culpa in abstracto in etwas modifizirter — einerseits gemäßigter, andererseits geschärfter — und dem thatsächlichen Falle akkomodirter Form erscheinen, hebt ihren Begriff durchaus nicht auf.

Vgl. Weiske, Rechtslex. Bd. III. S. 101 ff.

So wie schon die Römer bei Sachverständigen von einer imperitia zu sprechen pflegten und damit die gewöhnliche culpa in abstracto meinten — imperitia culpae adnumeratur —, so sprechen wir bei Sachverständigen von Sachkunde und Geschicklichkeit „welche man in diesem Fache bei gewöhnlichem Fleiße" u. s. w., und meinen damit —

148) Man kann auch die beiden Sätze umkehren und sagen: Der diligens homo prästirt als Sachverständiger die erforderliche Sachkunde und Geschicklichkeit.

Digitized by Google

es liegt auch stillschweigend darin ausgedrückt — die diligentia diligentis (hominis; die diligentia diligentis s. boni artificis darf nicht von Durchschnittssachverständigen erwartet werden). — In dem „quippe ut artifex conduxit“ des Celsus (Ulpian L. 9 § 5 D. loc. cond. 19,2) liegt für die Beurtheilung der Sachverständigen-Kulpa zugleich ein Schärfungs- und ein Milderungs-Argument: Der Sachverständige soll dem Unternehmen gewachsen sein und mit Besonnenheit handeln; aber mehr darf nicht verlangt werden.

Vgl. noch Mommsen, Beitr. zum Obl. R. Abth. III. S. 361 ff.

Ist der Sachverständige dem Unternehmen gewachsen und handelt er mit Besonnenheit, so darf man sagen: „omnia facta sunt, quae diligentissimus observaturus fuisset.“ (L. 25 § 7 D. loc. cond. 19,2: „culpa autem abest si omnia“ rel.), und wenn trotzdem noch etwas versehen worden ist, so beruht dies auf einem Mangel an Sachkunde und Geschicklichkeit, welcher auch dem diligentissimus quisque — auch bei diesem dürfen nicht besondere Anlagen, Talente, Kenntnisse und Fähigkeiten vorausgesetzt werden — nicht als Schuld angerechnet werden darf.

Hiernach wird denn bei Contraktsklagen des Patienten gegen den Arzt aus dessen Kunstfehlern der Patient stets zu beweisen haben:

daß der Beklagte (der Arzt) es an derjenigen Sachkunde und Geschicklichkeit, welche man in der ärztlichen Kunst bei gewöhnlichem Fleiße und gewöhnlicher Gewissenhaftigkeit zu erwerben im Stande ist, habe fehlen lassen. (Seuff. Arch. XXXI. 234.)

Digitized by Google

Anhang.

Haftung des Mensor nach römischem und nach heutigem Recht.

Mit besonderer Beziehung auf den Arzt heutiger Zeit.

Ein Supplement zu dem Aufsatze desselben Verfassers: „Der Arzt im römischen und im heutigen Recht."

Von Gerichtsassessor Dr. August Hefke.

I. Die römische Bestimmung, daß der mensor nur für dolus und lata culpa haften solle [a]), beruhte auf der eigenthümlichen Stellung der Agrimensoren im alten Rom. Die Römer betrachteten, wie überall im Digestentitel si mensor falsum modum dixerit zwischen den Zeilen zu lesen ist, die Geometrie — und die Arithmetik — als eine ganz besondere und daher nach ganz besonderen Grundsätzen zu beurtheilende Kunst [b]) und hielten deshalb den mensor

[a]) L. 1 § 1 L. 2. 3 pr. § 3. 4. L. 6. i. f. D. si mensor fals. mod. dix. 11,6. — Cfr. L. 1 pr. L. 5 § 2 i. f. L. 7 § 1—4 D. eod.

[b]) Gerade diese eigenthümliche Auffassung der Feldmeßkunst und der Arithmetik bei den Römern wird von Einigen

Digitized by Google

hoch in Ansehen c). Die Agrimensoren waren feingebildete, gelehrte Römer — Sklaven und Freigelassene scheinen die Feldmeßkunst nie betrieben zu haben —, zum Theil zugleich Schriftsteller (z. E. Frontinus), betrieben die Geometrie zwar als ihr eigentliches Fach, aber nicht als eigentliches Gewerbe, sondern lediglich als eine Liebhaberei (wie denn die Römer, insbesondere noch die Republikaner, alle wissenschaftlichen Bestrebungen der ingenui — vgl. oben — als Liebhaberei aufzufassen pflegten).

[vgl. v. Wening-Ingenheim, Lehre vom Schadensersatze 1841 § 135 a. E. S. 232. Da dieser Gesichtspunkt in heutigen Verhältnissen nicht mehr zutrifft, so stützt v. Wening-Ingenheim mit Unrecht gerade auf ihn die heutige beschränkte Haftung der mensores.]

für den eigentlichen Grund der beschränkten Haftung gehalten, mehr noch als die geachtete Stellung der mensores. Beide Momente hängen jedenfalls innig mit einander zusammen und leiten beide m. E. ihren Ursprung daher, daß — wie im Texte angedeutet — die Feldmeßkunst nur von freigeborenen Römern ausgeübt wurde. Dagegen über die Ausübung der Medizin im alten Rom vgl. oben.

c) Nach Glück Erl. d. Pand. Bd. XV. S. 375 und Not. 60 (der dort zitirte Goesius war mir nicht zugänglich), welcher als den direkten Grund der beschränkten Haftung der mensores die in Rom ihnen gezollte Achtung betrachtet, gehörten die geometrae oder mensores dem Stande der spectabiles oder etwa demjenigen der clarissimi an, was freilich für die Aerzte — wenigstens für die kaiserlichen Leibärzte, archiatri — unter gewissen Bedingungen in gleichem Maße zutrifft. [L. un. Cod. de com. et arch. sacr. pal. 12, 13; „Archiatros . . . inter vicarios taxari praecipimus.“ Die vicarii gehörten zu den spectabiles, welche den clarissimi sogar übergeordnet waren. — Wäre die L. un. Cod. cit. Zimmermann a. a. O. zur Hand gewesen, so würde er vermuthlich diese Aehnlichkeit der Stellung des mensor und der kaiserlichen Leibärzte noch mit für seine Ansicht verwerthet haben (er hätte dann noch hinzufügen können, daß in L. 6 D. de jure immun. 50,6 die „medici“ und „veterinarii“ zusammen mit den „mensores“ — und den fabri, sagittarii etc.! — unter den immunes aufgezählt werden).

Digitized by Google

Sie wurden zwar sowohl von Amts- und Gerichtswegen [d]) zur Ausübung ihrer Kunst in der Präventivjustiz und in gerichtlichen Streitigkeiten berufen, als auch von Privatleuten bei Verträgen über Grundstücke zur Ausmessung der letzteren zugezogen, leisteten aber ihre Dienste — besonders im letzteren Falle — mehr aus Gefälligkeit, als weil sie sich irgendwie dazu verpflichtet fühlten [e]). So betrachteten denn auch die römischen Juristen die vom mensor einem Bürger auf dessen Bitte gewährte Dienstleistung, das Messen des Grundstücks, als einen Freundschaftsdienst (ein „beneficium"), hielten es für angemessen, besondere [f]) Rechtssätze für diesen zu konstruiren, und ließen den mensor ebensowenig für omnis culpa haften, als z. B den Schenker [g]) Daher sagt Ulpian in L. 1 § 1 D. h. t. 11,6 nach römischen Begriffen mit Recht:

„qui civiliter obligatus non est"

und motivirt hiermit und mit dem vorher im princ. desselben Fragments Referirten:

„non crediderunt veteres inter talem personam loca-

---

[d]) L. 8 pr. und § 1 D. fin. regund. 10,1.

[e]) Zu dem „qui civiliter obligatus non est" in L. 1 § 1 D. h. t. 11,6 und dem „beneficii loco" der L. 1 pr. D. eod. ist zu vgl. L. 82 D. de R. J. 50,17 (Papinian): „Donari videtur, quod nullo jure cogente conceditur."

[f]) Vgl. S. 162. ff.

[g]) L. 18 § ult. D. de donat. 39,5 (Ulpian): „Labeo ait, si quis mihi rem alienam donaverit . . . et sic (ea) evincatur, . . . de dolo posse me adversus eum habere actionem, si dolo fecit."

Cfr. L. 5 § 2 D. commod. 13,6. L. 1 § 10 § 16 § ult. L. 9 D. depos. 16,3. L. 17 § 2 c. f. D. de praescr. verb. 19,5. L. 108 § 12 D. de leg. I. (30). L. 14 cfr. L. 1 § 1,2 D. de prec. 43,26. L. 23 D. de R. J. 50,17. § 17 Inst. de obl. quae quasi ex del. 4,1.

v. Löhr, Beitr. zur Theorie der Culpa 1808. S. 221, Not. 1.

Digitized by Google

tionem et conductionem esse, sed magis operam beneficii loco praeberi . . ."

die beschränkte Haftung des mensor, (vgl. Not. e und Not. g).

Vgl. Seuff. Arch. XXV 131 ad I.

Diese Natur der Dienstleistung des mensor als eines beneficium, einer Schenkung [h]), änderte sich auch nicht dadurch, daß der mensor für seine Dienstfertigkeit sich vom andern Theile bezahlen ließ.

L. 1 § 1 D. h. t. 11,6: „Sed et si mercedem accepit, non omnem culpam eum praestare propter verba Edicti; utique enim scit Praetor, et mercede eos intervenire."

L. 1 pr. D. eod.: „et id, quod datur, ei ad remunerandum dari et inde honorarium appellari."

Cfr. L. 1 pr. i. f. § 6 i. f. D. de extr. cogn. 50,13.

Man betrachtete nämlich die für die Ausmessung vom mensor empfangene Belohnung nicht als merces, als Dienstmiethlohn, als Lohn, sondern als bloße Gegenschenkung, remuneratorische „Verehrung", und nannte es daher „honorarium."

Die Römer betrachteten das Geschäft mit dem mensor nicht als „civile negotium" und besonders nicht als Miethe. Nach Windscheid § 404 Not. 4 soll „bei den Römern in späterer Zeit" der „Vertrag" mit dem mensor arg. L. 4 § 1 D. fin. reg. 10,1 „unter den Gesichtspunkt der Dienstmiethe gestellt" sein. Mir ist hier 1) nicht verständlich das „in späterer Zeit," da Paulus — der Verfasser des so eben angef. Fragments — und Ulpian (L. 1 pr. D. cit. 11,6) Zeitgenossen sind, und ich glaube

h) Nur für mensores hat Bering a. a. O. Recht, wenn er von einer „donatio" spricht, und zwar aus dem Not. b angegebenen Grunde.

Digitized by Google

2) nicht, daß das „conducere“ in L. 1 § 1 cit. 10,1 [i]) als im technischen Sinne gemeint gelten darf [k]). Im Gegentheil scheint Paulus hier jenes Wort „im uneigentlichen Sinne“

— vgl. Glück, Erl. der Pand. Bd. XI. S. 377 Note 64 —

gebraucht zu haben [l]), und zwar aus folgenden Gründen: I. Man darf annehmen, daß in demjenigen Digestentitel, welcher ex professo vom mensor handelt (11,6), und in dessen erstem Fragment mit Entschiedenheit erklärt wird:

„ . . . si autem ex locato conducto fuerit actum dicendum erit, nec tenere intentionem,“ [Ibid. § 1: (mensor) „civiliter obligatus non est.“],

---

[i]) Sie lautet, soweit sie hier in Betracht kommt: „Sed et si mensor ab altero solo conductus sit, condemnatio erit facienda ejus, qui non conduxit, in partem mercedis.“ Außer dem conducere ist hier natürlich, wie so oft (L. 1 § 1 D. h. t. 11,6. L. 1 pr. D. de extr. cogn. 50,13 und vgl. oben), auch die merces im uneigentlichen Sinne gemeint.

[k]) Das Obige wird durch eine von Rudorff in der Ztschr. f. gesch. Rswiss. Bd. X. S. 137 zitirte Stelle aus „Pseudo-Frontinus“ lediglich bestätigt. Daß hier das „Qui conduxerit“ ꝛc. (schließlich noch: „Hoc opus“ ꝛc.) nicht wie Rudorff das. meint, auf die loc. cond. operis (S. 417 das. spricht derselbe sogar allgemein von Dienstmiethe) gehen kann, sondern ebenso zu interpretiren ist, wie das conducere in L. 4 § 1 cit. 10,1, unterliegt keinem Zweifel. In dem das. S. 188 ff. zit. 44. Kap. der lex Thoria findet sich überall nichts auf Miethe Hindeutendes. — Ueber die Feldmesser und die Klage gegen sie giebt Rudorff das. S. 412 ff. noch zwei (von mir nicht benutzte) Beilagen.*)

[l]) So daß es soviel bedeutet als: Zuziehen zu einem Geschäft

---

*) Jeglichen Beweises entbehrt die Behauptung Rudorffs a. a O. S. 138, daß ursprünglich die Geschäfte der Feldmesser von den Augurn besorgt worden seien. Rudorff selbst widerspricht sich daselbst S. 412 ff.

Digitized by Google

das Verhältniß des mensor zu denjenigen, welchen er seine Dienste leistet, κατ' ἐξοχήν dargelegt werden soll, nicht aber im Tit. Dig. finium regundorum. II. Ferner kommt hier in Betracht, daß Paulus und Ulpian in L. 2 und L. 3 pr. D. h. t. 11,6 von einem mandare mensori reden,

[„Sed et si ego tibi, quum esses mensor, mandaverim, ut mensuram agri ageres et" etc., „teneberis, quia dolo malo versatus es" . . ., und: „Si duobus mandavero, et ambo dolose fecerint" . . .]

ohne daß dies mandare im technischen Sinne aufgefaßt — das Geschäft als Mandat, die Mandatsklage als zulässig betrachtet — werden dürfte. Wenn also hier — was Niemand leugnen wird — das mandare im uneigentlichen Sinne gemeint ist, so liegt kein Grund vor, bei dem conducere mensorem des Paulus in L. § 1 cit. 10,1 etwas Anderes anzunehmen. III Auf solche Berufsklassen, für welche keine besondere actio quasi ex delicto eingeführt war, haben allerdings die Römer den Gesichtspunkt der Dienstmiethe wohl angewendet, wie oben (Not. 116) gezeigt ist. Wendeten sie denselben Gesichtspunkt auf den mensor an, so machten sie in demselben Moment die besondere im Tit. Dig. 11,6 erwähnte actio in factum überflüssig, und wir würden ein derartiges rechtshistorisches Ereigniß jedenfalls irgendwo ausdrücklich erwähnt finden. — Kleine Ungereimtheiten, welche sich in der justinianeischen Kompilation hier und da finden — wie z. B. das „a suscepto negotio originem accepit" (als Motivirung des „Haec actio perpetua est") in L. 4 D. h. t. 11,6 gegenüber dem qui civiliter obligatus non est in L. 1 § 1 D. eod., sowie das „non crediderunt veteres" in L. 1 pr. eod. — dürfen nicht mit Gesetzeskraft ausgestattet, sondern müssen als Flüchtigkeitsfehler der Kompilatoren (welche konsequent hätten interpoliren müssen) ignorirt werden. Vgl. besonders noch S. 131 Not. **

Digitized by Google

II. Nicht der Umstand, daß die Dienste des mensor als operae liberales — im Gegensatze zu den operae illiberales (oder locari solitae) — aufgefaßt wurden, begründete [wie z. B.

Vering a. a. O. (oben S. 2)

zu glauben scheint] die exzeptionell beschränkte Haftung desselben für dolus und lata culpa [m]), sondern lediglich der angegebene Gesichtspunkt, daß hier kein civile negotium, sondern ein beneficium [n]) vorliege. Denn:

1. Nirgends in den Quellen wird rücksichtlich des Maßes der Haftung auf den Unterschied der operae liberales und illiberales Gewicht gelegt. Im Gegentheil:

a. Der vorwiegend hier in Betracht kommende Digestentitel si mensor 11,6, welcher den Eindruck macht, als suche er förmlich nach einem Grunde für die beschränkte Haftung des Feldmessers, erwähnt nie ausdrücklich, daß die operae mensoris liberales seien, sondern legt lediglich Gewicht

---

[m]) Wenn man den Gesichtspunkt der operae liberales — und zwar ihn allein für den mensor und für die ihn betreffenden besonderen Rechtssätze als maßgebend ansehen wollte, so würde man allerdings vielleicht diese Rechtssätze auch auf Aerzte ausdehnen müssen, arg. L. 1 pr. § 1 D. de extraord. cogn. 50,13 (Ulpian):

„ . . . Liberalia autem studia*) accipimus, quae Graeci ἐλευθέρια appellant; . . . (§ 1) Medicorum quoque eadem causa est . . , nisi quod justior, quum hi salutis hominum, illi studiorum curam agant . . . "

Auch Zimmermann a. a. O. S. 124. Not. 5 erwähnt L. 1 § 1 cit. 50,13, stellt damit L. 1 § 1 D. h. t. 11,6 zusammen und wundert sich, daß trotzdem der Arzt weiter hafte, als der mensor.

[n]) Wetzell Syst. § 8 S. 64. will das „beneficii loco" der L. 1 pr. D. h. t. 11,6 auch auf Advokaten ausdehnen, jedenfalls ohne Grund.

---

*) Die Begriffe der studia liberalia — artes liberales — und operae lib. (locari non solitae?) decken sich nicht völlig. Vgl. oben Not. 81.

Digitized by Google

darauf, daß ſie nicht vermiethet (vgl. S. 44 ff.), ſondern „beneficii loco“ geleiſtet würden, während andererſeits der vorwiegend für die operae liberales in Betracht kommende Tit. Dig. de extr. cogn. 50,13 den Geſichtspunkt des „beneficium“ und des „civiliter obligatus non est“ überall nicht verwerthet (cfr. L 1 § 9 § ult. D. 50,13).

b. Im Tit. Dig. 50,13 wird der mensor allerdings kurz erwähnt und den „praeceptoribus tantum studiorum liberalium“ demnach beigezählt (L. 1 pr. i. f. D. eod.), andererſeits jedoch finden wir im Tit. Dig. si mensor 11,6 nicht die geringſte Erwähnung des Arztes (und der mit dieſem zuſammen im Tit. Dig. 50,13 erörterten: rhetores, grammatici, obstetrices, philosophi, juris civilis professores, ludi literarii magistri, artifices, comites, advocati, nutrices, juris studiosi).

c. Die Tit. Dig. 11,6 und 50,13 behandeln überhaupt verſchiedene Materien. Im erſtgenannten Titel wird lediglich das Maß der Haftung des mensor und der ihm gleichgeſtellten Klaſſen — mensor aedificii, mensor frumentarius, machinarius, architectus, redemtor, tabularius; L. 5 § 2 L. ult. D. 11,6 — erörtert und nur der Fall behandelt, wo der mensor, tabularius etc. als Beklagte auftreten. Im Titel 50,13 dagegen wird der Haftungsgrad der Rhetoren, Aerzte, Menſoren ꝛc. überhaupt nicht erwähnt (cfr. L. 1 § 9. 15 D. 50,13) und faſt durchgängig der Fall erörtert, wo ſie als Kläger auftreten und ihr Honorar einfordern (in L. 3 D. eod. 50,13 iſt allerdings der Arzt als Beklagter zu denken, aber auch hier handelt es ſich doch lediglich um die Größe der für ärztliche Dienſte gegebenen Gegenleiſtung [o]). Die beiden Titel ſtehen daher nur in ſehr loſem Zuſammenhange mit einander und

[o]) Beſondere Materien erörtern L. 2 und 5 D. h. t. 50,13. Nicht hierher gehört die L. ult. D. eod.

Digitized by Google

dürfen nicht unter einen oberen Gesichtspunkt — operae liberales — gebracht werden. Insbesondere hat der Titel si mensor 11,6 für Aerzte nicht die geringste Bedeutung.

2. Man braucht — um darzuthun, daß operae liberales als solche keinen Grund für eine beschränktere Haftung bilden — nur hinzuweisen auf das Mandat, dessen Gegenstand gewiß sehr häufig operae liberales waren, ohne daß deshalb die Haftung des Mandatars eine beschränktere gewesen wäre.

III. Wenn angenommen werden darf, daß die beschränkte Haftung der mensores auf nichts Anderem als auf dem „magis operam beneficii loco praeberi" beruhe, so ist damit zugleich erwiesen, daß diese nicht auf unsere Aerzte [p]), nicht einmal auf unsere Feldmesser, ausgedehnt werden darf. Die Aerzte oder Feldmesser der heutigen Zeit gewähren ihre Dienste nicht, wie Wetzell und Zimmermann meinen, „beneficii loco" — oder „zunächst aus Menschlichkeit" —, sondern in erster Linie deshalb, weil sie hierdurch ihren Lebensunterhalt gewinnen wollen. Weder der Arzt (um momentan vom Feldmesser abzusehen und die für ihn ermittelten Grundsätze vergleichsweise auf den Arzt anzuwenden) noch der Patient betrachten die ärztliche Dienstleistung als eine Schenkung, sondern beide wissen, daß hier ein durchaus (beiderseits) oneroser, vermögensrechtlicher

p) Eher noch ließe sie sich ausdehnen auf die freigeborenen Aerzte der Römer, da für diese das Recht, Belohnung zu fordern, durch Gesetz oder Gewohnheitsrecht wohl nicht so sehr begründet war, daß man im gewöhnlichen Falle von einer „merces constituta" reden konnte. Wenn trotzdem die Haftung römischer Aerzte nach den Quellen eine weitergehende war, als die des mensor — wie oben gezeigt worden ist —, so ist hiermit um so mehr die Richtigkeit des im Text für die Aerzte unserer Zeit Gesagten erwiesen.

Digitized by Google

licher Vertrag vorliegt, dessen etwa nicht ausdrücklich ausgemachte Bestimmungen das Gesetz ergänzt[q]).

Außerdem ist noch folgendes zu bemerken:

1. Die Haftung eines Kontrahenten für bloße grobe Schuld ist eine Rechts-Ausnahme — quasi jus singulare[r]) —, während die Haftung für omnis culpa die

---

q) Auch den Römern fiel es nicht ein, die Dienste des Arztes als „beneficii loco" geleistet zu betrachten. Anderenfalls würden Kautelen wie die in L. 3 D. de extr. cogn. 50,13 und L. 9 Cod. de prof. et med. 10,52 aufgestellten durchaus unmotivirt gewesen sein und die Römer würden nicht versäumt haben, im Tit. Dig. si mensor 11,6, wo sich gerade das „beneficii loco" findet, auch des Arztes zu gedenken. Vgl. Not. 116 des Aufsatzes „Der Arzt im römischen und heutigen Recht."

r) Oder jus singulare im uneigentlichen Sinne. — Das jus singulare — im eigentlichen Sinne — wird von Neueren definirt als „dasjenige Recht, welches nicht auf dem reinen Rechtsgebiet entsprungen sei, sondern auf den Prinzipien der Sittlichkeit und Wohlfahrt beruhe" (Windscheid Pand. I. § 29 Not. 1), und diese Definition (jus singulare = quod praeter rationem juris est) würde zu dem „qui civiliter obligatus non est" und „magis operam beneficii loco praeberi" des Ulpian ganz gut passen; sie ist jedoch m. E. nicht sehr korrekt, da jus singulare nach den Quellen nicht das „quod praeter", sondern das „quod contra rationem juris receptum est" bedeutet.

L. 14—16 D. de legibus 1,3.

Die beschränkte Haftung des mensor würde nach dieser richtigen Begriffsbestimmung nur dann ein jus singulare im eigentlichen Sinne sein, wenn es einen Rechtssatz gäbe des Inhalts: „Der Schuldner haftet für omnis culpa." Statt dessen jedoch giebt es nur ein Konglomerat von Rechtsbestimmungen — z. E. der Verkäufer, der Mandatar, der conductor ꝛc. haftet für omnis culpa —, aus dem man auf dem Wege juristischer Technik allerdings eine Rechtsregel konstruiren könnte (cfr. L. 1 D. de R. J. 50, 17), die dahin gehen würde, daß der Schuldner in Kontraktsverhältnissen für omnis culpa hafte, die aber als Rechtssatz in den Quellen sich nicht findet. — Rechtssätze besonderer Natur, welche keinem allgemeinen Rechtssatze direkt widersprechen, welche jedoch mit

Digitized by Google

Regel bildet. Solche Ausnahmebestimmungen jedoch sind — ebenso wie wirkliche jura singularia — jedenfalls stricte zu interpretiren, d. h. nicht über das von ihnen selbst gewollte Anwendungsgebiet hinaus für anwendbar zu halten [s]). Wir dürfen daher die Haftungsgrundsätze des Tit. D. si mensor falsum modum dixerit höchstens für die in diesem Titel selbst genannten Personen — also für die verschiedenen Arten des mensor, für den architectus, redemtor und tabularius — anwenden und keinen Schritt darüber hinausgehen [t]). Daher ist denn auch die in factum actio contra mensorem — deren Existenz ebenso wie die beschränkte Haftung der mensores auf der eigenthümlich römischen Auffassung geometrischer und arithmetischer Arbeiten beruht — höchstens da noch anzuwenden, wo sie nach den Bestimmungen des Tit. Dig. 11,6 stattfinden soll. Sie soll aber nach diesem Titel nur stattfinden bei falschen

einem aus dem Gesammtresultat allgemeiner Rechtssätze wissenschaftlich ermittelten Rechtsprinzip in Widerspruch stehen bzw. von diesem abweichen — so weicht z. B. die beschränkte Haftung des mensor und die gegen ihn ertheilte Quasidelikts-Klage von den für die meisten anderen Vertragsschuldner geltenden Haftungsregeln ab — darf man als jura singularia im uneigentlichen Sinne — als Rechtsausnahmen bezeichnen.

[s]) Cfr. L. 14. 15 D. de legibus 1,3 D. 141 pr. L. de R. J. 50,17.

[t]) Zimmermann a. a. O. S. 230 ist daher auch nicht beizustimmen, wenn er die [zudem noch kontroverse; vgl. jedoch
Windscheid II. § 470 Not. 1 (und 3).
Seuff. Arch. XIV. 140. XXII. 48. XXIV. 241.]
Haftung des judex für lata tantum culpa, welche ebenfalls als eine Rechtsausnahme zu charakterisiren sein wird*), auf den Arzt ausdehnen will. Sie ist nicht einmal auf andere Staatsbeamte ausgedehnt worden.
Vgl. Seuff. Arch. XX. 38. XXI. 57.

*) Wenn auch in anderem Sinne (da der judex mit dem Privaten keinen Vertrag schließt), nämlich gegenüber der Haftung der übrigen Staatsbeamten.

Digitized by Google

Messungen und allenfalls noch — nach L. ult. § ult. D. h. t. 11,6 — bei falschen Zählungen und Berechnungen (also bei Arbeiten geometrischer oder arithmetischer Art; für solche hielt man arg. L. ult. § 3 h. t. auch die Messungen und Berechnungen der Architekten und redemtores operum — Bauunternehmer —).

Dies geht nicht allein aus dem Rubrum des Titels „si mensor falsum modum dixerit" hervor, sondern wird noch besonders ausgesprochen in folgenden — das falsum modum dicere oder renuntiare, mensuram falsam renuntiare, metiendo mentiri, fallere in modo, computatione fallere u. dgl. in den verschiedensten Variationen erörternden [u]) — Stellen.

L. 5 pr. D. h. t. 11,6: „ . . . falsum modum renuntiaverit" . . .

L. 1 § 2 D. eod.: „Is autem tenetur hac actione, qui renuntiaverit."

L. 5 § 1 D. eod.: „quum falsus modus renuntiatus esset."

L. 5 § 2 D. eod.: Hoc judicium latius Praetor porrexit; nam et si cujus alterius rei mensuram falsam renuntiavisse dicetur, haec actio competit. Proinde si in aedificii mensura fefellit . . ." (also auch in ihrer weitesten Ausdehnung verlangt die Klage noch eine falsa „mensura").

L. 6 D. eod.: sive . . . metiendo mentitus fuerit."

L. 7 § 2 D. eod.: „qui mensor non fuit, fefellit tamen in modo . . ."

---

[u]) Auf die dolose Angabe falschen Maßes und falscher Zahlen gehen überhaupt die im Titel si mensor häufig vorkommenden Anwendungen der Worte fallere — L. 1 pr. L. 5. § 2 i. f. L. 7 § 1—4 —, mentiri — L. 6 —, fraudare — L. 3 § 3. 4 —, sowie die in L. 4 erwähnte circumscriptio.

Digitized by Google

L. 7 § 3 D. eod.: „Hoc exemplo“ (nämlich nur bei falschen Messungen und Rechnungen) „etiam adversus architectum“ etc.

L. 7 § ult. D. eod.: „ . . . tabularium . . ., qui in computatione fefellit.“

Ferner wird in L. 5 pr. D. h. t. 11,6 gesagt, daß dann, wenn der mensor Jemanden nicht durch das Angeben — renuntiare — eines falschen Maßes (cfr. L. 1 § 2 D. h. t.), sondern durch bloße — dolose — Verzögerung der Angabe (bzw. der Ausmessung selbst) in Schaden gebracht habe, nicht die actio in factum contra mensorem, und zwar diese nicht einmal utiliter, sondern lediglich die — im höchsten Maße subsidiäre — actio doli zulässig sei.

Wenn hiernach gewiß ist, daß die actio contra mensorem in factum nur eingeführt war und nur ertheilt wurde für die Fälle falschen Messens, Zählens und Rechnens, so kann sie unmöglich auf die Thätigkeit des Arztes Anwendung finden (da die Medizin, insbesondere auch die medizinische Diagnostik, mit dem Messen, Zählen und Rechnen des Tit. Dig. si mensor — mit Geometrie und Arithmetik — nichts gemein hat).

2. Die actio in factum contra mensorem wurde nur ertheilt, wenn dem Verletzten keine anderen Rechtsmittel zu seiner Befriedigung offen standen.

L. 3 § 2 D. h. t. 11.6: „ . . . quia condicere potest . . ., agi cum mensore non posse, nisi solvendo venditor non fuit“ . . .

L. 3 § 3 eod.: „ . . . non esse actionem adversus mensorem, quia est ex vendito actio adversus emtorem, nisi et hic emtor solvendo non sit.“

L. 5 § 1 i. f. eod.: „ . . . si nihil ejus inter-

Digitized by Google

est, condemnari mensorem non oportet . . . sed . . . de residuo cum mensore agi posse."

Seuff. Arch. XXV. 131 ad II.

Vgl. zu den angeführten Aussprüchen des Ulpian noch Windscheid II. § 470 Not. 1 gegen Ende.

Diese rein subsidiarische Haftung des mensor ist wieder etwas so singulär für Feldmesser [v]) Festgestelltes, daß auch hieraus geschlossen werden darf, die Römer haben keinerlei Ausdehnung der hier fraglichen Klage auf andere als die in L. 5 § ult. bis L. ult. D. h. t. angedeuteten Klassen beabsichtigt. Bei Versehen von Aerzten findet sich keine derartige Bestimmung: Im Gegentheil scheint aus

L. 52 pr. D. ad leg. Aqu. 9,2 (Alfenus): „Si plagis servus mortuus esset, neque id medici inscientia . . . accidisset, recte de injuria occiso eo agitur" (hinzuzudenken ist hier arg. L. 11 § 3 L. 30 § 4 D. eod.: Anderenfalls jedoch haftet der medicus inscius qui curaverit der actio de injuria occiso, dagegen is, qui plagis servum percusserit, nur der actio de vulnerato).

hervorzugehen, daß der Arzt aus seinen Versehen stets nicht allein haftet, sondern durch seine Haftung sogar andere etwa bereits zum Schadensersatze verpflichtete Personen von einem Theile der Haftung befreit (jedenfalls differirte die Schätzung, je nachdem ob ein servus vulneratus oder occisus in Frage kam, ganz bedeutend).

---

v) Eine ähnliche Subsidiarität soll sich nach der auf Quellen nicht gestützten Ansicht mancher Rechtsgelehrten noch finden bei der in factum actio contra judicem, qui litem suam fecit (auch der judex soll nur haften, wenn und soweit sich der Verletzte in anderer Weise Befriedigung nicht verschaffen kann).

Vgl. hiergegen Windscheid II. § 470 Not. 1. geg. Ende.

Cfr. Seuff. Arch. XIV. 140, ad 4. XXV. 214.

Digitized by Google

3. Zudem kommt hier, selbst was den Feldmesser anbelangt, für unsere Zeit [w]) stets die Frage in Betracht, ob nicht der Vertrag mit einem Geometer im einzelnen Falle als Miethe oder etwa als Mandat betrachtet werden muß. In beiden Fällen aber würde, da hier die Voraussetzung [x]) der römischen Bestimmungen — das „operam

w) Auch unter den Römern scheint schon über die Haftung des agrimensor Meinungsverschiedenheit geherrscht und vorwiegend scheinen die Agrimensoren selbst von sich die größtmögliche Sorgfalt verlangt zu haben, insbesondere in streitigen — prozessualischen — Sachen. Dies ist zu erkennen aus einem (in Bruns' fontes p. 248 zitirten) Ausspruche des Frontinus (II. 34):

„Difficillimus autem locus hic est, quod mensori judicandum est; sed nec minus ille exactus, quod est advocatio praestanda. Prudentiam tamen eandem artifices habere debent et qui judicaturi sunt et qui advocationem sunt praestituri. In judicando autem mensorem bonum virum et justum agere decet, neque ulla ambitione aut sordibus moveri, servare opinionem et arti et moribus; quidam enim per imperitiam, quidam per inpudentiam peccant: totum autem hoc judicandi officium et hominem et artificem exigit egregium." Etc.

x) Cfr. L. 13 § 2 D. de excus 27,1 (Modestinus): „ἀλλ εἰ καὶ τὰ μάλιστα τὸ ῥητὸν τοῦ νόμου ταύτην ἀποτελεῖ τὴν διάνοιαν, ὅμως γνώμη τοῦ νομοθέτου ἄλλο βούλεται" („sed etsi maxime verba legis hunc habeant intellectum, tamen mens legislatoris aliud vult"). Im Tit. Dig. si mensor ist nicht allein aus der „mens legislatoris" zu schließen, sondern geht vielleicht schon aus den „verba legis" klar hervor, daß der mensor nur dann beschränkt haften soll, wenn wirklich der Gesichtspunkt des „operam beneficii loco praeberi" für ihn zutrifft (was nach römischer Anschauung freilich stets der Fall war). Dem widerspricht auch nicht, richtig aufgefaßt, die Ausführung Ulpian's in demselben Fragment (L. 1 § 1 i. f. D. h. t.): „Sed et si mercedem accepit" etc. Die merces ist hier jedenfalls nicht im eigentlichen Sinne gemeint, ebensowenig wie in L. 4 § 1 i. f. D. cit. 10,1: „condemnatio erit facienda . . . in partem mercedis." Cfr. L. 1 pr. D. de

Digitized by Google

beneficii loco praeberi“ — nicht vorliegen würde (so wie sie beim Arzte jedenfalls nie vorliegt), der Feldmesser verantwortlich werden für omnis culpa (vgl. Not. [x]).

Daher hat auch die neuere Praxis in geeigneten Fällen mit Recht die Haftung des mensor für omnis culpa angenommen [y]).

Vgl. z. E. Seuff. Arch. XXV No. 131. Ziff. III. Bd. XXXI. 234. S. 299. Vgl. Sintenis, prakt. gem. Civilr. § 119 Not. 2. Unterholzner, Schuldverhältnisse Bd. II. 1840. S. 376 ad III. i. f. Cfr. Hellfeld jurispr. for. § 765.

---

extr. cogn. 50,13 und L. 4 D. ubi pup. educ. 27,2: „mercedes ut liberalibus artibus instituatur.“

[y]) Wenn aber in heutiger Zeit der Feldmesser überhaupt nicht mehr blos in beschränkter Weise, sondern für omnis culpa haftet, so kann von einer analogen Ausdehnung der beschränkten Haftung des römischen Feldmessers auf den heutigen Arzt absolut nicht mehr die Rede sein.

Schlußbemerkung.

Sowohl die Abhandlung über den Arzt als der den mensor betreffende Anhang zu jener verdanken ihre Entstehung einem in praxi verhandelten und gelegentlich zu meiner Kenntniß gelangten Rechtsfalle. Geschrieben sind beide Aufsätze schon im Jahre 1879; die spätere Litteratur ist daher nicht berücksichtigt worden.

Digitized by Google

IV.

Zur Lehre vom Genußdiebstahl.

Von Dr. Ludwig Fuld in Mainz.

(Schluß.)

Es wirft sich nun die wichtige und besonders in der preußischen Praxis vielventilirte Frage auf, ob eine dem Verbrauche vorhergehende Zubereitung oder Behandlung, gleichviel welcher Art, die Anwendung unseres §. ausschließe, ob also der betr. Gegenstand nur dann unter das Gesetz falle, wenn er die Eigenschaft eines Nahrungsmittels schon in der Gestalt besitze, wie ihn die spontane Thätigkeit der Natur hervorbringt, oder die Subsumirung noch statthaft sei, wenn er diese Qualität erst in Folge menschlichen Zuthuns erlangt habe? Nach von Schwarze[5]) schließt eine dem Verbrauche nothwendig vorhergehende Zubereitung die Subsumirung unter § 370[5] aus, er sagt, das Nahrungs- resp. Genußmittel müsse schon im Augenblicke der Entwendung ein solches, d. h. ohne vorherige Zubereitung genießbar sein, und nur wenn letztere mit jener örtlich

[5]) Kommentar S. 692.

Digitized by Google

und zeitlich zusammenhänge, sei die Unterstellung erlaubt. Entgegengesetzter Ansicht ist Oppenhof [6]) und mit ihm die herrschende Praxis. Halten wir uns das Motiv des Gesetzes bei dieser immerhin exzeptionellen Normirung eines Eigenthumsdeliktes vor, so war der legislative Gedanke, wie wir ihn schon betonten, die kleinen, wenig bedeutsamen, durch eine augenblickliche Gier hervorgerufenen Eigenthumsverletzungen an Konsumtibilien mit einer milden Strafe zu ahnden, die zwar dem Uebelthäter die Rechtswidrigkeit seiner Handlung und den staatlichen Schutz des angetasteten Rechtsgutes zum Bewußtsein bringt, ohne ihn jedoch geradezu zum gemeinen Diebe zu stempeln. Wollte man nun die Nahrungsmittel in der von Schwarze gewollten einengenden Weise erläutern, so müßte der Richter offenbar bei einer überaus großen Menge von durch eine momentane Nothlage motivirten Diebstählen die strengen Strafen der §§ 242, 243 in Anwendung bringen, während er anderseits eine durch Naschhaftigkeit veranlaßte Entwendung eines Genußmittels mit der milden Ahndung des § 370[5] belegte. Nehmen wir nun den in der Praxis so außerordentlich oft vorkommenden Fall des Diebstahles von Kartoffeln, welche der Dieb kocht oder röstet und dann verzehrt. Eine rigorose Anwendung der von Schwarze'schen Auffassung wäre kaum in der Lage diesen Fall nach § 370[5] zu beurtheilen, und gelangte dadurch augenscheinlich wenn auch nicht mit dem Wortlaute so doch mit dem Geiste des Gesetzes in offenen Konflikt. Daneben ist es uns auch sprachlich keineswegs unbedenklich, nur den Gegenstand ein Nahrungsmittel zu nennen, welcher die Genießbarkeit für den Menschen schon durch die spontane Arbeit der Natur erlangt hat, die Benennung aber sofort zu versagen, wenn irgend eine menschliche Thätigkeit an seiner ursprünglichen Beschaffenheit an und mit ihm vorge-

[6]) Oppenhof, Zu § 370 § 18.

Digitized by Google

nommen hat. Daß der gewöhnliche Sprachgebrauch diesen Unterschied nicht kennt, dürfte keinem Zweifel begegnen; daß der Sprachgebrauch des Gesetzes ihn ebensowenig seiner Strafandrohung zu Grunde legt, ist aus den Auslegungsmaterialien in sicherster Weise darzuthun. Zunächst bedarf es einer unzweideutigen und bestimmten, ausdrücklichen Hervorhebung, um einen Unterschied einzuführen, den die allgemeine Anschauung nicht kennt. In Ermangelung einer solchen Aeußerung muß schon deßhalb der Versuch zur Aufstellung dieses Unterschiedes ein unstatthafter sein. Sodann hat aber der Gesetzgeber in bewußter Weise die Bestimmungen des früheren preuß. Str.-G.-B. welche von der preußischen Praxis allerdings nur auf die schon *ohne weiteres Zuthun* genießbaren Nahrungsmittel bezogen wurden, mit dem ausgesprochenen Zwecke erweitert, auch die Subsumirung jener erst *durch vorherige Zubereitung* genießbar werdenden Nahrungsmittel dem Richter zu ermöglichen. Während das preuß. St.-G.-B. in seinem § 349[3], vom Vorbilde des § 370[5] unseres Str.-G.-B. die Entwendung von „*Früchten, Eßwaaren und Getränken*“ mit Strafe bedrohte, hat das Reichsstrafgesetzbuch diese enge Begrenzung, welche durch die rigorose Auslegung der Praxis zu harten und unbilligen Erkenntnissen führte, aufgegeben und die weite Kategorie der *Nahrungsmittel* als das eigentliche Objekt des Genußdiebstahles anerkannt. Die Motive des Str.-G.-B. lassen über das Bewußtsein bezüglich der Tragweite dieser Umänderung keinen Zweifel. „Nahrungs- und Genußmittel“ heißt es, „enthält eine generelle auf alle objektiv schon zu diesem Zweck, sei es allein, sei es in Verbindung mit andern Stoffen in *unverarbeitetem* oder noch zu *verarbeitendem* Zustande befindliche Sachen bezügliche Bestimmung.“ [7]) Derselben Ansicht hat sich das R.-G.

[7]) S. 151.

Digitized by Google

in der Entsch. vom 24. Febr. 1880 angeschlossen. [8]) „Der Begriff Nahrungsmittel umfaßt alle diejenigen Mittel, welche der Ernährung des menschlichen Körpers dienen, mag auch deren Genießbarkeit erst durch eine vorherige Zubereitung bedingt sein." Ebenso Entsch. vom 2. Juli 1881. [9]) Nahrungsmittel im Sinne des Ges. (vom 14. Mai 1879) umfaßt menschliche Nahrungsmittel, welche objektiv für Menschen dienen können, gleichviel ob in rohem oder erst verarbeitetem Zustande, ob allein oder in Verbindung mit andern Stoffen verwendbar."

Das zweite Objekt des § 370[5], welches mit den Nahrungsmitteln auf gleicher Linie steht, bilden die Genußmittel. Auch dieser Begriff gehört zunächst der physiologischen Domäne an, und hier werden damit solche Gegenstände bezeichnet, welche vom Menschen genossen, d. h. in den Körper aufgenommen werden, ohne demselben jedoch die zu seiner Erhaltung nöthigen Stoffe zuzuführen. Dieser Sinn liegt auch dem Gesetze zu Grunde, und es ist die Bedeutung des Ausdrucks somit eine weit engere, als im gewöhnlichen Sprachgebrauche, welcher nicht nur einen physischen Genuß kennt, sondern auch dann von einem solchen spricht, wenn es sich nur um psychische Vorgänge, um die Erregung angenehmer Empfindungen handelt, wie wir ja von einem Genuß im uneigentlichen und höheren Sinne bei dem Anhören eines Musikstückes, dem Anschauen eines Bildes, dem Riechen einer Blume u. s. w. reden. Dieser weiteren und übertragenen Bedeutung hat sich das Gesetz natürlich nicht anschließen können, weil es seinem Grunde nach nur auf die Objekte, welche von der Naschhaftigkeit und Lüsternheit zur Befriedigung genommen werden, seine Wirkung erstrecken will. Hält man sich dieses Motiv vor, so kann

[8]) Rechtspr. I S. 386.
[9]) Rechtspr. III S. 456.

Digitized by Google

eine verständige Kasuistik nicht mangeln. Das Hauptkriterium positiver Art bildet die Nothwendigkeit der Aufnahme des gestohlenen Gegenstandes in den menschlichen Körper, gleichviel in welchem Quantum und durch welches Organ. Dagegen ist nicht erforderlich das Kriterium negativer Art — und hierin muß der Richter dem wissenschaftlichen Unterschiede zwischen Nahrungs- und Genußmittel die gebührende Beachtung schenken, daß der gestohlene und in den Körper aufgenommene Gegenstand auch in ihm verbleibe und sich seinen Theilen assimilire. Die entgegengesetzte Ansicht, welche diesen Punkt als Kriterium aufstellt, übersieht zunächst, daß sie diesen präzisirten Unterschied durchaus verwischt und ferner dem Sinne des Gesetzes keineswegs entsprechend, den Wirkungskreis der Norm im höchsten Maße einengt. Der überwiegenden Meinung in Theorie und Praxis, welche von diesem Erforderniß absieht, hat sich auch das R.-G. in mehreren Erkenntnissen konstant angeschlossen. In der Entsch. vom 9. April 1881 [10]) hat es demgemäß Blumen von den Genußmitteln ausgeschlossen, in der Entsch. vom 31. Dez. 1881 [11]) Cigarren dagegen als solche anerkannt. Die zuerst angeführte Entscheidung hat vielfach Anstoß erregt, man hat es durchaus unbillig gefunden, eine Entwendung einiger Rosen zum Zwecke dieselben am Kleide zu befestigen, als einen schweren Diebstahl zu ahnden. Nichts destoweniger kann nicht verkannt werden, daß Riechblumen nur zu den Genußmitteln im uneigentlichen Sinne zählen. Zwar wirkt

[10]) Rechtspr. III S. 230. „Blumen sind keine Genußmittel. Der Ausdruck Genußmittel umfaßt die Stoffe, welche auch ohne der Ernährung zu dienen, von Menschen genossen werden. Genußmittel im Sinne des Gesetzes sind nur solche, welche durch die menschlichen Organe dem menschlichen Körper wirklich zugeführt und mit dem Genuß verbraucht werden. Gegenstände, welche für die Sinne lediglich eine angenehme Empfindung, ein Wohlbehagen, einen Genuß in uneigentlicher Bedeutung hervorrufen, fallen darunter nicht."

[11]) Rechtspr. III S. 848.

Digitized by Google

ihr Duft auf unser Geruchsorgan und somit indirekt auf unser Nervensystem ein, allein von einer Aufnahme ihrer Substanz in unsern Körper kann keine Rede sein. So groß auch der Genuß eines Rosenduftes sein mag, Genußmittel im Sinne des Gesetzes ist die Rose nicht. Aus demselben Grunde dürfte Parfüm, welchem von Schwarze die Eigenschaft eines Genußmittels vindiziren will, von dieser Kategorie auszuschließen sein. Hält man die angegebene Grenzlinie nicht fest, so ist überhaupt nicht abzusehen, wo der Begriff „Genußmittel" aufhören soll. Gehören Blumen und wohlriechende Essenzen unter diese Rubrik; dann dürfen konsequenterweise auch die Genußmittel im uneigentlichen Sinn, welche der Befriedigung der andern Sinne dienen, hierher gezählt werden. Daß dies zum völligen Widersinn führen würde, bedarf keines Beweises.

Das Nahrungs- und Genußmittel ist aber nicht in jeder Quantität ein für die Kontravention des § 370[5] geeignetes Objekt, sondern nur wenn es von unbedeutendem Werthe ist oder in geringer Menge entwendet wurde. Ob das eine oder andere Erforderniß im konkreten Falle vorliegt, ist eine thatsächliche Frage, welche der Richter mit Rücksicht auf die konkreten Verhältnisse, aber nach objektiven Gesichtspunkten zu entscheiden hat. Für einen Hungernden ist ein entwendetes Brod keineswegs eine Sache von unbedeutendem Werthe, es ist für ihn nicht einmal eine geringe Menge, gleichwohl darf nur aus § 370[5] bestraft werden, eine Beurtheilung von dem rein subjektiven Standpunkte des Diebes wäre ein Verkennen der gesetzlichen Bestimmung und mit objektiver Feststellung, die so oft als eine Eigenthümlichkeit der deutschen Rechtswissenschaft gerühmt wird, kaum vereinbar. Vor einer Schätzung nach dem Affektionswerthe muß also hier wie in andern Fällen gewarnt werden. Daß die irrige Feststellung oder Verneinung des Kriteriums des geringen Werthes und der unbedeutenden Menge nicht

Digitized by Google

der Revision unterliegt, folgt aus der Natur der beiden Punkte als rein thatsächlicher Fragen, ist übrigens auch vom R.-G. in der Entsch. vom 21. Sept. 1881 anerkannt worden. (Rechtspr. III S. 517.)

Ist nun auch das Nahrungs- oder Genußmittel in geringer Menge entwendet worden oder ist sein Werth ein unbedeutender, so tritt als letztes Erforderniß des Thatbestandes unseres Deliktes das Motiv hinzu, die kontravenirte Sache alsbald verzehren zu wollen. Es ist dies einer der seltenen Fälle, in denen unser Str.-G.-B. auf das Motiv Rücksicht nimmt, in denen es, wie wir mit Anlehnung an die neuste Arbeit von v. Liszt [12]) sagen können, dem Zweckgedanken des Uebelthäters zu seinem Rechte verhilft. Die milde Strafe findet nur durch die Triebfeder des Kontravenienten ihre Rechtfertigung. Nur wenn er die Sache in der Absicht wegnahm, sie alsbald zu verzehren, kann das Motiv der Lüsternheit, Naschhaftigkeit und des Hungers vorausgesetzt werden, nur dann ist kein animus lucri faciendi vorhanden. Wenn der Richter diesen Gedankengang im Auge behält, wird er sich von einer mechanischen und am Buchstaben haftenden Auslegung fernhalten. Man darf also die Bezeichnung „alsbald" nicht mit sofort oder unmittelbar oder augenblicklich identifiziren; dieß hätte zur Folge, daß eine Reihe von kleinen Diebstählen nach § 242 zu beurtheilen wäre, bei denen der Dieb die entwendete Sache erst an einem sicheren Orte oder nach erfolgter Zubereitung verzehrt. Das entscheidende Kriterium ist vielmehr die Willensrichtung des Diebes, die Sache nicht zur Bereicherung, sondern zur Bedürfnißbefriedigung zu entwenden. Jede diebische Aneignung von Nahrungs- und Genußmitteln, denen dieses Motiv beiwohnt, ist nach § 370[5] zu beurtheilen. In dieser Hinsicht hat auch das R.-G. in der Entsch. vom 24. Febr.

[12]) Zeitschr. f. d. ges. Strafrechtswissensch. III, S. 1 u. fg.

Digitized by Google

1880 (Rechtspr. I S. 386) die richtigen Prinzipien zur Anwendung gebracht. [13])

Aus dem Gebrauche des Wortes „Verbrauch" ist als weitere Folgerung zu entnehmen, daß nur solche Gegenstände Objekte des Genußdiebstahles sein können, welche durch den Gebrauch auch verbraucht werden, d. h. ihre Existenz als solche einbüßen, res quae usu consumuntur. Denn wenn auch die meisten Nahrungsmittel unter diese Kategorie fallen, so gibt es doch eine Reihe von Genußmitteln, welche einen Gebrauch auch bei völliger Intaktheit ihrer Existenz, wenn auch nicht Substanz ermöglichen. Es sei hier nur an gewisse wohlriechende Stoffe erinnert, denen selbst ein durch Jahre fortgesetzter Gebrauch fast kaum mit den feinsten Wagen meßbare Quantitäten Gewichtes zu entziehen vermag. Selbstverständlich müssen solche Genußmittel von den Objekten des Genußdiebstahles ausgeschlossen werden.

Die Motive zum Str.-G.-B. (S. 151) sagen: „Noch ist zu erwähnen, daß die Entwendung, selbst wenn sie unter erschwerenden Umständen begangen ist, nur nach den Vorschriften dieses Paragraphen zu beurtheilen ist." Die Allgemeinheit dieser Bemerkung bedarf der Auflösung in mehrere Fälle.

Es erbricht Jemand in einem Hause einen Schrank, worin er Lebensmittel vermuthet, um sie alsbald zu verzehren. Wird der Reat in dieser Richtung konsumirt, so tritt keine Bestrafung nach § 243[2], sondern nur nach § 370[5] ein, weil die Einbruchshandlung nur ein „Verübungsmittel" [14]) für den Genußdiebstahl ist. Gesetzt nun, der Dieb findet außer den Nahrungsmitteln auch Geld und eignet sich dasselbe an. In diesem Falle liegen zwei verschiedene

[13]) „Alsbald darf nicht in der Bedeutung von sofort verstanden werden."

[14]) Schütze, Zeitschr. f. d. ges. Strafrechtswissensch. III S. 67.

Digitized by Google

Diebstähle vor, und es hat aus § 243[2] und § 370[5] Bestrafung einzutreten. Unstatthaft ist es durchaus, wie wohl und nicht selten geschieht, mit Zugrundelegung des § 73 hier von einer idealen oder auch einer Gesetzeskonkurrenz zu reden und nur § 243[2] anzuwenden. Es liegt hier, um mit Schütze [15]) zu reden, keine „einthätige" Konkurrenz vor, weil es sich um zwei Handlungen, d. h. Willensäußerungen handelt, wovon die eine die Erlangung von Gegenständen, welche ein augenblickliches Gelüste zu stillen geeignet, die andere dagegen die Aneignung von Sachen zur Bereicherung bezweckt. Ohne die Frage der Konkurrenz von Delikten hier näher erörtern zu wollen, begnügen wir uns mit der Feststellung, daß hier nicht eine Handlung gegeben ist, somit § 73 keinen Platz finden kann. Der Inhalt des diebischen Willens ist, in beiden Fällen, wie eben gezeigt wurde, ein verschiedener, der Bestimmungsgrund des Willens ebenfalls, ein Delikt kann aber nur dann angenommen werden, wenn diese beiden Momente solange durchaus sich decken, als die Willensäußerung mit fremdem Eigenthum in Berührung tritt. Es liegen somit hier zwei selbstständige Handlungen vor, der Fall der realen, nach Schütze, mehrthätigen Konkurrenz, welchen Str.-G.-B. § 74 regelt. Allein diese Bestimmung ist auch nicht anwendbar, weil es sich nicht um Verbrechen und Vergehen, sondern um Verbrechen und Uebertretung handelt, ein Fall, den das Str.-G.-B. nicht regelt. In Ansehung dieser Lücke kann unseres Erachtens eine Lösung nur in der angegebenen Weise erfolgen, die auch allein der Gerechtigkeit entspricht und der auch nicht der Einwand der faktischen Inkompatibilität begegnen kann. Oder kann man vielleicht behaupten, es sei ein genügender Rechtsschutz, nur den § 243[2] anzuwenden und die Ahndung des andern Deliktes dem Thäter gar nicht zum

[15]) Ibid. S. 51 u. fg.

Digitized by Google

Bewußtsein zu bringen?[16]) Nach Schütze soll bekanntlich — de lege ferenda — bei der Gesetzeskonkurrenz die speziellere Norm an Stelle der generellen, die mehr qualifizirte an den Platz der minder qualifizirten treten. Für diejenigen, welche in unserm Falle eine Gesetzeskonkurrenz erblicken, entsteht damit erst recht ein Dilemma. Denn kann es zur Diskussion gestellt werden, den Einbruch mit der lächerlichen Haftstrafe von 6 Wochen zu sühnen? Von diesen Schwierigkeiten befreit uns nur die angegebene Lösung, die der Logik auch allein entspricht. Für den Schütze'schen Vorschlag scheint übrigens der unterstellte Fall nicht zu sprechen, ohne daß hiermit über die tiefgedachte Arbeit ein Urtheil abgegeben sein soll.

Verwickelter ist die Sachlage, wenn der Reat nicht konsumirt wird, sondern nur als Versuch erscheint. Es fragt sich dann, ob der Versuch mit Rücksicht auf den Genußdiebstahl oder auch mit Bezug auf den gemeinen Diebstahl erfolgte. Es ist dabei zu scheiden. Hat der Dieb nur die Entwendung der in § 370[5] bezeichneten Sachen im Auge, so tritt nach allgemeinen Grundsätzen Straflosigkeit ein. Hat er bei der Versuchshandlung auch den Diebstahl anderer Sachen allein oder lediglich im Auge, so ist er wegen Diebstahls zu bestrafen.[17]) Hat der Dieb den Einbruch begangen, um die Objekte des § 370[5] zu erlangen, findet dieselben aber nicht und eignet sich andere an, so tritt die Strafe des schweren Diebstahls ein, und dasselbe findet statt, wenn er eine Sache entwendet, welche kein Nahrungsmittel ist, im Glauben ein solches vor sich zu haben. Auf § 59 Str.-G.-B. ist eine Berufung nur dann statthaft, wenn er nach Erkenntniß seines

---

[16]) Mit Recht sagte Schütze a. a. O. S. 87: „Es ist in sich selbst ungerechtfertigt, daß selbständige, wenngleich durch eine einheitliche That verbundene strafbare Handlungen der besondern Ahndung entgehen sollen."

[17]) Entsch. d. R.-G. vom 9. Novemb. 1881 (Rechtspr. III S. 701.)

Digitized by Google

Irrthums die Sache wieder ihrem Eigenthümer restituirte. [18]) Man könnte zwar gegen die Lösung des ersten Falles einwenden, das Einsteigen und Erbrechen sei nur zum Zwecke des von Anfang an bezweckten Genußdiebstahles geschehen, und da dieser kein Objekt habe, liege nur ein strafloser Versuch vor; die weitere Wegnahme der andern Sachen sei nur als einfacher Diebstahl zu ahnden, da die schweren Momente nicht mit Rücksicht auf ihn bethätigt seien. Die Unrichtigkeit des Einwandes liegt auf der Hand. Ist der primäre Wille des Diebes auch bei Beginn seiner That nur auf den Genußdiebstahl gerichtet, so hat er doch in dem Augenblicke, als er sich der andern Sachen bemächtigte, den Willen bethätigt, diese Aneignung durch die Mittel zu realisiren, die er bis dahin angewendet hatte. Die Kontrektation ist nur durch den Einbruch ermöglicht worden, letztere ist ein „Vorübungsmittel" des erfolgten Diebstahles, und wenn man füglich einen strafbaren Versuch des Genußdiebstahles wohl zugeben darf, so muß man anderseits einen schweren Diebstahl in allen Punkten annehmen. Welcher rationelle Grund könnte auch für eine Anwendung der milden Uebertretungsstrafe hier angeführt werden? Es hat deßhalb auch das R.-G. am 19. März 1881 (Rechtspr. III S. 145) die Entscheidung erlassen:

„Wer zum Zwecke der Entwendung von Nahrungsmitteln zum alsbaldigen Gebrauche in ein Gebäude einsteigt, dort aber andere Sachen stiehlt, ist wegen schweren Diebstahls strafbar."

[18]) Entsch. d. R.-G. vom 4. Dez. 1880 (Rechtspr. II S. 600.)

Digitized by Google

V.

Die Zurücknahme eines Rechtsmittels im Strafverfahren.

Von Herrn Landgerichtsrath Dr. Hermann Ortloff in Weimar.

Die praktische Bedeutung der Zurücknahme eines Rechtsmittels liegt vorzugsweise in der Kostenersparung, jedoch nicht in der Ausdehnung wie früher, wo in manchen Gebührenordnungen die Entscheidung, welche durch die Zurücknahme erspart wurde, mit einem besonderen Kostenansatz angesehen war. Welche sonstige praktische Bedeutung diese Zurücknahme hat, soll danach noch näher entwickelt werden.

I.

Nach § 505 St. P. O. treffen die Kosten eines zurückgenommenen oder erfolglos eingelegten Rechtsmittels denjenigen, welcher dasselbe eingelegt hat. Dies gilt also

1. von der Staatsanwaltschaft, (Ueberweisung auf die Staatskasse), mag sie das Rechtsmittel zum Nachtheil oder zu Gunsten des Angeklagten eingewendet haben; dabei kommt die weitere Bestimmung des § 505 St. P. O. in Betracht, wonach in diesen Fällen die

Digitized by Google

dem Beschuldigten erwachsenen nothwendigen Auslagen, etwa Reisekosten, Versäumnißentschädigung, Kosten einer nothwendig erscheinenden Vertheidigung und dgl. der Staatskasse auferlegt werden können;

2. von dem Privat- und Nebenkläger (§ 441), welcher auch die dem Beschuldigten erwachsenen nothwendigen Auslagen (§ 503 St. P. O.) zu erstatten hat;
3. von dem Beschuldigten, dessen Vertheidiger jedoch nicht gegen den ausdrücklichen Willen jenes ein Rechtsmittel einwenden darf (§ 339 St. P. O.);
4. von dem gesetzlichen Vertreter eines Beschuldigten und dem Ehemann einer beschuldigten Frau, welche selbständig von den zulässigen Rechtsmitteln Gebrauch machen können (§ 340 St. P. O.);
5. insbesondere bei der Beschwerde von allen den vorerwähnten und den sonst nach § 346 St. P. O. Abs. 2 zu deren Erhebung befugten Personen.

Aus dem Gerichtskostengesetz vom 18. Juni 1878 kommt besonders § 78 in Frage; hiernach werden, wenn eine Beschwerde vor der Entscheidung über dieselbe, eine Berufung oder eine Revision vor Beginn der Hauptverhandlung durch Zurücknahme oder Einstellung des Verfahrens erledigt wird, drei Zehntheile der Gebühr erhoben, welche nach Maßgabe der §§ 66 bis 68, 69 Abs. 1, §§ 71, 73 bis 75 für eine zurückweisende Entscheidung zu erheben sein würde.

Wenn die Entscheidung über das Rechtsmittel auf Grund mündlicher Verhandlung stattzufinden hat, was nur bei der Berufung und Revision geschieht, so kann nach § 345 St. P. O. die Zurücknahme nach Beginn der Hauptverhandlung (nur mit Zustimmung des Gegners) erfolgen, allein dann greift die Bestimmung des § 65 des Gerichtskostengesetzes Platz, daß die vollen Gebührensätze des § 62 das. für die Berufungs- sowie für die Revisionsinstanz

Digitized by Google

zu erheben sind und das Rechtsmittel nicht als unzulässig verworfen wurde, welchenfalls nach § 66 das. Ziff. 2 (§§ 360, 363, 386, 389 St. P. O.) $^1/_{10}$ der vollen Gebühr zu erheben ist.

Sofern in der Berufungsinstanz zwar eine Hauptverhandlung stattgefunden, darin aber eine Beweisaufnahme nicht vorgenommen bez. vor derselben die Berufung zurückgenommen wurde, so kann das Gericht die Sätze des § 62 G. K. Ges. bis auf fünf Zehnteile ermäßigen, was aber dann bei der Gesetzesanwendung eine Modifikation erleiden wird, wenn etwa Auskunftspersonen vorgeladen waren und dadurch erheblichere Auslagen erwachsen sein würden. Es liegt sonach rücksichtlich der Kosten, besonders für die Zurücknahme der eingewendeten Berufung, kein Grund zu einer solchen vor, da nach Beginn der Hauptverhandlung, zumal wenn eine Beweisaufnahme vorbereitet war oder gar stattgefunden hatte, durch deren Ergebniß die Erwartungen eines günstigen Erfolges nicht erfüllt worden sind, eine Kostenersparniß nach dem Gerichtskostengesetz nicht in Aussicht gestellt ist; daher wird der Appellant es lieber auf die Beendigung der Hauptverhandlung durch Urtheil ankommen lassen, als das Rechtsmittel zurücknehmen, zumal er nach § 356 St. P. O. auch noch die Zustimmung des Gegners provozieren müßte, was ihm nicht stets leicht ankommen wird, z. B. im Privatklage-Prozeß. Es war daher in dem früheren Strafverfahren einzelner Staaten viel praktischer und vortheilhafter für den Appellanten, daß er die Möglichkeit hatte, in der Berufungsinstanz, wenn er sah, seine Berufung werde erfolglos bleiben, noch vor der Entscheidung das Rechtsmittel zurückzunehmen und einen Theil der Kosten, nämlich die für die Entscheidung zu ersparen. Das Instanzgericht konnte dort die Appellanten, besonders in der Vorinstanz Verurtheilte, am Schluß der Hauptverhandlung noch darauf hinweisen, daß ihnen die Zurücknahme offenstehe,

Digitized by Google

sofern sie etwa die Urtheilsgebühr ersparen wollten. Eine solche besteht in dem heutigen Gerichtskostengesetz nicht und eine Ermäßigung der vollen Gebühr des § 62 für eine Zurücknahme des Rechtsmittels in der Hauptverhandlung vor der Urtheilsfällung ebenfalls nicht. Ob damit der Einwendung des Rechtsmittels aus Frivolität ein Riegel vorgeschoben werden sollte, ist nicht zu ersehen; jedenfalls werden viele Berufungen in der nicht unbegründeten Erwartung eines günstigeren Ergebnisses der Hauptverhandlung zweiter Instanz eingewendet und es wäre für den sich getäuscht sehenden Verurtheilten weniger schmerzlich, wenn ihm die Möglichkeit offen gelassen wäre, durch Zurücknahme der Berufung bis zur Urtheilsfällung an den sonst so erheblichen Unkosten etwas ersparen zu können dadurch, daß er auch dem Instanzgericht die Mühe einer Urtheilsentwerfung ersparen würde, indem dieses dann sich auf den einfachen Spruch, daß es infolge der Zurücknahme des Rechtsmittels bei dem vorigen Urtheile bewende und in welcher Höhe die Kosten dem Remedenten aufzuerlegen seien, bez. welche nothwendigen Auslagen dem Beschuldigten oder dem Gegner (im Privatklage-Prozeß) zu erstatten seien, beschränken könnte.

Was von der Berufung hier bemerkt worden ist, gilt analog auch von der *Revision*, die ja zum bei weitem größeren Theil von Beschuldigten, zum kleineren nur von der Staatsanwaltschaft eingewendet wird; es würden, wenn Kosten für Revisionsurtheile erspart werden könnten, sicher durch Zurücknahme von Revisionen infolge des Verlaufs einer Revisionsverhandlung weniger Revisionsurteile nötig werden.

Wir kommen zu dem legislatorischen Ergebniß, daß der Vorschrift in der Strafprozeßordnung über die Zurücknahme der Berufung und Revision *nach* Beginn der Hauptverhandlung im Mangel eines in dem Gerichtskostengesetze zu erwarten gewesenen *ermäßigten* Kostensatzes für den Fall der Rechtsmittelzurücknahme noch bis zu Urtheilsfällung

Digitized by Google

die praktische Spitze fehlt; der nervus rerum ist nicht in der erforderlichen Weise zur korrespondierenden Geltung im Gerichtskostengesetz zu Gunsten des Remedenten gekommen. Außerdem will es nicht als konsequent erscheinen, wenn der Mangel der Beweisaufnahme in der Berufungsinstanz nach § 65 Abs. 2 des G. K. Ges. als ein Grund der fakultativen Ermäßigung der Sätze des § 62 bis auf fünf Zehntheile anerkannt wurde und nicht auch ein gleicher Grund in dem Wegfall des Urtheils der Rechtsmittelinstanz infolge der Zurücknahme des Rechtsmittels, da doch gerade das Urtheil dem Gericht eine nicht unbedeutende Arbeit verursacht, welche dann wegfällt und doch jetzt mit bezahlt wird, als wäre sie gethan, zur Geltung kam. Es dürfte daher — vorausgesetzt, daß eine Zurücknahme nach Beginn der Verhandlung mit Einwilligung des Gegners erfolgt, aber bis zur Urtheilsberathung, — nicht unangemessen erscheinen, wenn in den § 65 cit. noch ein Satz der obligatorischen Ermäßigung der vollen Gebühr des § 62 für den Fall der Zurücknahme des Rechtsmittels vor der Urtheilfällung oder bis zum Schluß der kontradiktorischen Verhandlung, vielleicht auf $^7/_{10}$, eingeschaltet würde, sodaß das Gericht in der Berufungsinstanz, wenn eine Beweisaufnahme nicht stattfand, auch bei der Zurücknahme der Berufung von $^7/_{10}$ noch bis auf $^5/_{10}$ herabgehen kann, aber nicht über $^7/_{10}$ erkennen darf.

II.

Die Bestimmungen über die Zurücknahme eines Rechtsmittels in §§ 344 und 345 St. P. O. schließen sich materiell auf das engste an den in § 343 das. ausgesprochenen Satz an: „Jedes von der Staatsanwaltschaft eingelegte Rechtsmittel hat die Wirkung, daß die angefochtene Entscheidung auch zu Gunsten des Beschuldigten abgeändert oder aufgehoben werden kann." Hiernach soll eine Strafsache zu Gunsten des Beschuldigten rechtshängig bleiben, wenn auch die Staatsanwaltschaft mit dem von ihr

Digitized by Google

eingewendeten Rechtsmittel eine für jenen ungünstigere Entscheidung herbeizuführen bezweckt; man hat insoweit nicht ganz zutreffend von einer „einseitigen“ oder „relativen Rechtskraft“ der Entscheidungen zu Gunsten des Beschuldigten, insofern gesprochen[1]), als die für den Beschuldigten in erster Instanz festgestellte Lage, wenn von ihm oder der Staatsanwaltschaft zu seinen Gunsten (im öffentlichen Interesse, d. h. zur Wahrung der Geltung des Rechts) ein Rechtsmittel eingewendet worden ist, durch die Instanzentscheidung nicht verschlimmert werden darf — ein Satz, der auch zur Anwendung kommen soll, wenn nach Aufhebung eines Urtheils die Sache in die frühere Instanz zurückverwiesen worden ist[2]). Es ist vielmehr in § 343 cit. dem Formalismus, wie er aus der Verhandlungs- oder Dispositionsmaxime im Rechtsmittelsystem hervorgeht, zur Geltung der für das Strafverfahren maßgebenden Offizialmaxime durch jenen Satz eine Schranke gesetzt, indem der Instanzrichter nicht an den Zweck und die Richtung des eingelegten Rechtsmittels einseitig gebunden sein soll wie im bürgerlichen Rechtsverfahren, sondern indem er volle richterliche Freiheit im Interesse der materiellen Wahrheit und Gerechtigkeit haben soll, eine Entscheidung zugeben, welche er nach Lage der Sache, ganz unangesehen der Intention des gegnerischen Rechtsmittels, für die richtige hält („zu Gunsten des Beschuldigten“)[3]). Bezüglich der Berufung hat § 368 St. P. O. anscheinend auch für diese Erweiterung der richterlichen Prüfungs- und Entscheidungsbefugniß eine Grenze gezogen dadurch, daß das Urtheil nur soweit als

[1]) Löwe, Komm. Anm. 2 zu § 343 St.P.O.

[2]) Geyer, Lehrbuch des Strafprozeßrechts S. 794. Löwe, a. a. O. Anm. 4.

[3]) Vergleiche des Verf. Strafverfahren in seinen leitenden Grundsätzen und Hauptformen, Jena 1858, S. 168 ff.

Digitized by Google

es angefochten ist, der Prüfung des Gerichts unterliegen soll — eine Bestimmung, über deren Tragweite die Ansichten der Kommentatoren weit aus einandergehen und von deren Auslegung die Bejahung oder Verneinung der Frage abhängt, ob nach § 343 St P. O. der Oberrichter, wenn die Berufung der Staatsanwaltschaft auf Verschärfung der Strafe gerichtet ist, zwar eine Milderung erkennen (Voitus, Komment. S. 352 ff.)[4]), nicht freisprechen dürfe. Das richtig verstandene Verhältniß des § 343 zu § 368 St. P. O. besteht darin, daß jener § für die Wirkung der Rechtsmitteleinwendung seitens der Staatsanwaltschaft einen absolut durchgreifenden Satz „zu Gunsten des Beschuldigten" aufstellt, während der letztere § nur für die Berufung dem Instanzgericht die Weisung ertheilt, daß es nicht über die Anfechtung des Remedenten hinaus zugehen habe, indem der nichtangefochtene Theil der Entscheidung, bei dem sich der Remedent beruhigt, nicht weiter geprüft zu werden braucht — falls nicht § 343 etwa zur Anwendung kommen müßte! Also nicht eine Ausnahme enthält § 368, sondern eine formale Bestimmung für die Berufung, wie § 384 für die Revision, aber die im § 343 enthaltene, unter den „Allgemeinen Bestimmungen" für alle Rechtsmittel stehende Regel, als Ausfluß der Offizialmaxime, beherrscht jene Einzelbestimmungen als bloße Ausflüsse des Formalismus, wie er dem Zivilprozeß eigen ist.[5])

---

[4]) Vergl. Löwe a. a. O. S. 605.

[5]) Der Kommissionsbericht S. 84 sagt in dieser Richtung: „Es entspricht nicht der Gerechtigkeit, den oberen Richter, zu dessen Entscheidung eine Strafsache von dem Vertreter des Staates gebracht wird, durch das Gesetz zu nöthigen, über Rechtsverletzungen zum Nachtheil des Angeklagten wegzugehen und ein Urtheil trotz einer solchen offenbaren Rechtsverletzung deshalb nicht abzuändern, weil der Angeklagte sie gegen das Urtheil nicht geltend gemacht habe."

Digitized by Google

A. Wir wenden uns dem § 344 St. P. O. zu, welcher drei Bestimmungen enthält.

1. „Die Zurücknahme eines Rechtsmittels sowie der Verzicht auf Einlegung eines Rechtsmittels kann auch vor Ablauf der Frist zur Einlegung derselben wirksam erfolgen". Diese Bestimmung des Entwurfs (§ 288) wurde in den Verhandlungen der Justizkommission ohne besondere Diskussion angenommen und zur Erläuterung nur erwähnt (Struckmann), daß ein derartiger Verzicht zuzulassen sei, weil sonst der Angeklagte „immer erst die Rechtsmittelfrist absitzen müßte" nach §§ 406 und 407 des Entwurfs, wogegen, aber nicht mit Recht (von Reichensperger) bemerklich gemacht wurde, jener § 406 sage nur, die Vollstreckung der Strafurtheile könne vor deren Rechtskraft nicht erzwungen werden, einem freiwilligen Strafantritt stehe derselbe nicht entgegen. Richtig ist m. E. die von v. Amsberg und Dr. Wolffson in der Kommission vertretene Ansicht, daß überhaupt nach §§ 406 ff. des Entwurfs eine Strafvollstreckung nicht eher eintreten dürfe, als das Urtheil (nicht) rechtskräftig sei, daß also eine Vollstreckung eines nicht rechtskräftigen Urtheils mit Einwilligung des Angeklagten prinzipiell ausgeschlossen sei. Die praktische Bedeutung dieser Vorschrift läge freilich inbezug auf Strafurtheile nur darin, den Eintritt der Rechtskraft für den interessirten Prozeßbetheiligten und folgeweise die Vollstreckung des Strafurtheils auch schon vor Ablauf der Rechtsmittelfrist herbeizuführen, was aber nur der Fall sein würde, wenn beide Theile jenen Verzicht ausgesprochen hätten, weil dann erst das Strafurtheil rechtskräftig wird, indem ein Verzicht auf die Rechtsmitteleinwendung unwiderruflich ist (§ 488 St. P. O.), was auch von der Zurücknahme selbst während des Laufes der Einlegungsfrist gilt (R. G. II. St. S. im Urth. v. 23. April 1880 und III. St. S. im

Digitized by Google

Urth. v. 31. Januar 1880). Jene Bedeutung tritt sonst nur hervor, wenn man die Bestimmung des § 482 St. P. O. hinzunimmt: „Auf die zu vollstreckende Freiheitsstrafe ist unverkürzt diejenige Untersuchungshaft anzurechnen, welche der Angeklagte erlitten hat, seit er auf Einlegung eines Rechtsmittels verzichtet oder das eingelegte Rechtsmittel zurückgenommen hat, oder seitdem die Einlegungsfrist abgelaufen ist, ohne daß er eine Erklärung abgegeben hat". Wenn der Staatsanwalt ein Rechtsmittel eingewendet hat, der Verurtheilte aber auf ein solches verzichtet, so wird nach § 481 die Möglichkeit einer Strafvollstreckung zwar verhindert, aber dem Angeklagten gegenüber ist das Urtheil rechtskräftig geworden und, da ihm der Aufschub in der Strafvollstreckung nicht zur Last fällt, so soll die von ihm in dem Untersuchungsgefängniß erlittene Haft unverkürzt auf die Strafzeit angerechnet werden (Kommissionsbericht S. 102 ff.), wobei es indessen vorkommen kann, daß ein Theil einer zuerkannten Zuchthausstrafe im Untersuchungsgefängniß verbüßt wird — ohne regelmäßige Arbeit und Zucht, Unterricht u. s. w., wodurch ja erfahrungsmäßig die Strafe viel erträglicher wird, als die entsetzlich einsame und nur selten durch Arbeit gewürzte Verbringung in Einzelhaft oder Gemeinschaft mit anderen Verhafteten im Untersuchungsgefängniß[6]).

Sonach hat zwar Verzicht und Zurücknahme, sofern sie nicht von beiden Theilen (Ankläger und Angeklagtem) ausgesprochen sind, keine praktische prozessuale Wirksamkeit außer der eben angeführten bei der Anwendung des § 482 citirten. Es ist von v. Schwarze im Kommentar zur R. St. P. O. § 481 sehr mit Recht darauf aufmerksam gemacht worden,

[6]) v. Schwarze, Komm. S. 603 macht auch noch darauf aufmerksam, daß die Strafvollstreckung auf diese Weise mit § 14 Abs. 2 des St.G.B. nicht zu vereinigen sei.

Digitized by Google

daß durch die darin enthaltene Regelung vielfache Schwierigkeiten und Mißstände entstehen würden, welche bei der früheren zweckmäßigen Einrichtung einzelner Staaten, daß die Vollstreckung der Freiheitsstrafe auch vor Eintritt der Rechtskraft auf Verlangen des Beschuldigten von dem Richter verfügt werden dürfe, nicht vorgekommen seien. Es konnte bekanntlich, auch nach einzelnen Gesetzen wenigstens, wenn der Angeschuldigte behufs Ermäßigung der Strafhöhe — ohne Aenderung der Strafart — oder der Staatsanwalt wegen Erhöhung des erkannten Strafmaßes, appellirt hatte, auf Ansuchen des Verurtheilten schon mit der Strafvollstreckung einstweilen vorgeschritten werden (vorläufiger Strafantritt), was zur Evakuirung der Untersuchungsgefängnisse dienlich war und besonders die Verurtheilten um eine Verlängerung der viel schwerer zu ertragenden Detention im Untersuchungsgefängniß herumbrachte, da ja auch die in der Kommissionsverhandlung vom Regierungsvertreter vorgeschlagene Remedur, wonach der Berufungsrichter nach § 60 St. G. B., wenn die Berufung begründet erscheine, die seit dem ersten Urtheil erlittene Untersuchungshaft aufrechnen könne, hiergegen nicht ausreicht. Die Thüringische St. P. O. von 1850 Art. 351 ff. nebst Nachträgen hatte bekanntlich recht praktische Bestimmungen über den vorläufigen Antritt von erkannten, noch nicht rechtskräftig gewordenen Freiheitsstrafen, die recht wohl eine eingehendere Beachtung verdient hätten und deren Adoption allerdings die von v. Schwarze gefürchteten Schwierigkeiten leicht beseitigt haben würde. Wie die Gesetzgebung jetzt liegt, kann auch in dem Falle, wenn der Verurtheilte sich unbedingt der erkannten Strafe sofort unterwirft, vor Ablauf der Rechtsmittelfrist oder wenn der Gegner beziehungsweise Staatsanwalt ein Rechtsmittel eingewendet hat, vor Eröffnung des Instanzurtheils nicht zur Strafvollstreckung geschritten werden, falls letzterer nicht auf das

Digitized by Google

Rechtsmittel verzichtet oder ein eingewendetes zurücknimmt, selbst wenn der Staatsanwalt zu Gunsten des Verurtheilten remedirte und letzter in der geringen Hoffnung auf Erfolg lieber die erkannte Strafe (Freiheitsstrafe in der regulären Strafanstalt) antreten möchte. Ein nicht in Untersuchungshaft befindlicher Verurtheilter würde nach § 481 St. P. O. trotz allen Verzichts auf Rechtsmittel absolut nicht zum Strafantritt vor Eintritt der Rechtskraft gelangen können, wenn er es noch so sehr wünschte, sofern nicht die Staatsanwaltschaft beziehungsweise der Privatkläger seinerseits erklärt, daß er auf Einwendung eines Rechtsmittel verzichte oder ein bereits eingewendetes Rechtsmittel zurücknehme.

Abgesehen von der Zurücknahme- oder Verzichtserklärung bezüglich eines Rechtsmittels gegen *Strafurtheile* kommt namentlich die „*sofortige Beschwerde*" als Rechtsmittel in Betracht, zu deren Einwendung eine Frist von einer Woche von der Bekanntmachung der Entscheidung an festgesetzt ist (§ 353 St. P. O.); die Wirksamkeit jener Zurücknahme oder des Verzichts ist je nach der Prozeßlage eine verschiedene, meist dahin gehende, daß das Verfahren dann unaufhaltsam weitergeht ohne Rücksicht darauf, ob die Einlegungsfrist abgelaufen ist; es ist dies der Fall bei den Entscheidungen in §§ 28, 46, 81, 122, 180, 181, 209, 270, 363, 412, 463, 494, 501 St. P. O.

Auch auf den „*Einspruch*" kann vor Ablauf einer Wochenfrist verzichtet werden nach § 449 St. P. O., womit der Strafbefehl die Wirkung eines rechtskräftigen Urtheils erhält (§ 450 St. P. O.); dasselbe wirkt die Zurücknahme eines rechtzeitig erhobenen Einspruches, sofern sie *bis* zum Beginn der Hauptverhandlnng vor dem Schöffengericht erklärt wird. Was die *Voraussetzungen der Wirksamkeit* einer Zurücknahme- oder Verzichtserklärung betrifft, so kann auf die Ausführungen in den Kommentaren zur St. P. O. verwiesen werden, nur hervorzuheben ist: der Lauf der Rechtsmittelfrist

Digitized by Google

muß begonnen haben (R. G. II. St. S. im Urth. vom 1. April 1880), die Erklärung muß dem Gericht gegenüber erfolgt sein (R. R. III. St. S. im Urth. v. 31. Januar 1880) und zwar ausdrücklich, unbedingt und zweifellos, zu Protokoll oder durch schriftliche Eingabe wie die Rechtsmitteleinlegung; einer Zustimmung des Gegners bedarf es nicht (außer in § 345 St. P. O.).

2. „Ein von der Staatsanwaltschaft zu Gunsten des Beschuldigten eingelegtes Rechtsmittel kann jedoch ohne dessen Zustimmung nicht zurückgezogen werden". Dieser Zusatz zu § 288 des Entwurfs beruht auf einem Antrag v. Schwarze's, welcher einen Plenarbeschluß des preußischen Obertribunals aus dem Jahre 1864 zur Geltung brachte. In der ersten Lesung des Entwurfs gab Reichensperger der Justizkommission darüber folgenden Aufschluß: Die Staatsanwaltschaft sei auch zum Schutze des Angeklagten verpflichtet, ihre Berufung also auch zu Gunsten des letzteren eingelegt und auf letztere könne in melius reformirt werden; der Angeklagte habe dadurch ein wohl erworbenes Recht erlangt und die Zurücknahme sei deshalb nur mit seinem Willen zulässig. Hierzu wurde von v. Schwarze noch geltend gemacht, die Einwilligung des Angeklagten in die Zurücknahme eines von der Staatsanwaltschaft zu seinem Gunsten eingewendeten Rechtsmittels sei deshalb erforderlich, weil der letztere durch dessen Einwendung induzirt sein könne, nicht selbständig ein Rechtsmittel einzulegen, und dann, wenn der Staatsanwalt sein Rechtsmittel zurücknehme, ohne Hilfe sein werde. Verschieden davon sei der andere, wohl getrennt zu haltende Fall zu behandeln, wenn der Staatsanwalt, um eine Abänderung des Urtheils zum Nachtheil des Angeklagten herbeizuführen, gegen diesen ein Rechtsmittel eingewendet habe, dessen Wirksamkeit nur nach Befinden zu Gunsten jenes sich äußern könne; auf dem

Digitized by Google

Instruktionswege könnten die Staatsanwälte veranlaßt werden zu erklären, ob sie ein Rechtsmittel zu Gunsten oder Ungunsten des Angeklagten einlegen[7]). In dieser Richtung äußerte sich auch der Kommissionsbericht[8]). Um die Zulässigkeit der Zurücknahme eines vom Staatsanwalt eingewendeten Rechtsmittels prüfen zu können, muß der Richter wissen, ob dieses zu Gunsten des Beschuldigten eingewendet sei, und insoweit würde eine Unsicherheit bestehen, wenn der Staatsanwalt eine desfallsige Erklärung nicht abgiebt. Es ergiebt sich hieraus, daß das Gesetz selbst die Staatsanwaltschaft zu einer ausdrücklichen Erklärung, ob sie ein Rechtsmittel zu Gunsten des Beschuldigten einwende, nicht verpflichten wollte, was auch die Kommissionsverhandlungen ersehen lassen. Ob nun in dieser Richtung auf dem Wege der Justizverwaltung Weisungen an die Staatsanwaltschaften in den einzelnen Bundesstaaten ergangen sind, ist uns unbekannt geblieben. Wird in der Praxis eine derartige ausdrückliche Erklärung seitens der Staatsanwaltschaft nicht abgegeben, so muß das Ermessen des Gerichts darüber befinden, ob das Rechtsmittel zu Gunsten des Beschuldigten, was als Ausnahmefall zu betrachten und daher im Zweifel zu verneinen sein wird, eingelegt worden sei, um dann im Fall der Rücknahmeerklärung seitens der Staatsanwaltschaft nach dem Gesetz zu verfahren d. h. den Beschuldigten zu einer Erklärung über seine Zustimmuug zu der Zurücknahme aufzufordern[9]).

Darüber sind die Kommentatoren und Schriftsteller unter sich abweichender Meinung, ob derselbe gesetzgeberische Grund, welcher für jene Zustimmung des Beschuldigten geltend gemacht worden ist, auch für dieselbe Zustimmung zu der Zurücknahme eines von einem gesetz-

[7]) Hahn, Materialien a. a. O. I. S. 986 ff.
[8]) Hahn, a. a. O. II. S. 1575 u. 1576.
[9]) Vergl. Löwe a. a. O. Anm. 8 zu § 338.

Digitized by Google

lichen Vertreter des Beschuldigten oder von dem Ehemanne einer Beschuldigten (§ 40 St. P. O.) selbstständig eingelegten Rechtsmittels geltend zu machen sei? Sein Zutreffen in erhöhtem Maße wird mehrfach behauptet [10]); allerdings wird der Beschuldigte durch die Mittheilung, wie das eingewendete Rechtsmittel in seinem Interesse bereits eingelegt sei, dazu bewogen werden, von der eigenen Einlegung eines gleichen Rechtsmittels, weil es sich als überflüssig darstelle, abzusehen und dann wieder, wenn die Zurücknahme einseitig, ohne seine Zustimmung geschehen dürfte, unverschuldet geschädigt werden können, wenn er durch inzwischen eingetretenen Ablauf der Nothfrist an der selbstständigen Rechtsmitteleinwendung verhindert werden würde. Auf die Lösung dieser Frage sind die gesetzgebenden Faktoren nicht gekommen und daher ist aus den Materialien der Gesetzgebung keine Erkenntniß für dieselbe zu schöpfen. Es bleibt also nur die Parität der Lage des Beschuldigten als Entscheidungsgrund übrig.

Es reiht sich hieran noch die Frage: Welches Präjudiz ist dem Beschuldigten für den Fall, daß er innerhalb der ihm gestellten Frist die erforderliche Erklärung, ob er der Zurücknahme des Rechtsmittels zustimme oder nicht, zu stellen? ob die Zustimmung als ertheilt oder abgelehnt anzunehmen sei?

Würde der Beschuldigte von der Zurücknahme des zu seinen Gunsten eingelegten Rechtsmittels nicht in Kenntniß gesetzt, beziehungsweise nicht zur Abgabe einer Erklärung darüber aufgefordert worden sein, entweder aus Versehen oder weil etwa das Gericht der Meinung wäre, das Rechtsmittel sei nicht zu Gunsten des Beschuldigten eingelegt, so wird doch die Staatsanwaltschaft, sobald die Akten in ihre Hände zurückkommen, Gelegenheit haben, die Nachholung des Versäumten zu beantragen, wobei sie, falls sie nicht

[10]) Vergl. Löwe, a. a. O. Anm. 8 zu § 344.

Digitized by Google

erklärt hatte, ob das Rechtsmittel zu Gunsten des Beschuldigten eingewendet gewesen, Veranlassung haben würde, sich bestimmt zu erklären. Wäre aber in der That der Beschuldigte ohne Kenntniß oder Aufforderung zur Erklärung über jene Zurücknahme geblieben und die Nothfrist zur Einwendung eines Rechtsmittels ist für ihn abgelaufen, so wird ihm auf Grund des § 44 St. P. O. die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand auf Ansuchen zu ertheilen sein, falls er nun seinerseits das fragliche Rechtsmittel, welches zu seinen Gunsten eingewendet und dann zurückgezogen war, noch für sich selbst einwenden wollte, nachdem er in der Erwartung, das von der Staatsanwaltschaft zu seinen Gunsten eingewendete werde seinen weiteren Verlauf haben, die Einlegung des Rechtsmittels selbst unterlassen hatte; außerdem müßte man annehmen, daß das zu Gunsten des Beschuldigten eingewendete, aber ohne seine Einwilligungserklärung zurückgenommene Rechtsmittel, sobald deren Mangel bekannt wird, wieder rechtshängig werde, ungeachtetet einer etwa inzwischen eingetretenen Strafvollstreckung, welche zu sistiren wäre, und nun seinen Verlauf weiter nehmen müsse, gerade so wie wenn der Beschuldigte seine Einwilligung in die Zurücknahme versagt hätte, was wohl die richtigere Konsequenz ist, weil doch die gesetzliche Voraussetzung für die Wirksamkeit der Zurücknahme, die Zustimmung andererseits dazu gefehlt hat.

Ist nun aber die Aufforderung an den Beschuldigten, sich über die Zurücknahme des Rechtsmittels zu erklären, ergangen, und zwar ohne Präjudiz, so darf das Gericht mit Fug und Recht annehmen, daß das Schweigen des Beschuldigten darauf eine Zustimmung dazu bedeute, denn wer reden soll, wenn die Rücknahme einer ihm in Aussicht gestellten Wohlthat von seinem Willen abhängig gemacht wird, und dies zu thun unterläßt, muß sich gefallen lassen, daß sein Wille insoweit nicht weiter beachtet wird und die

Digitized by Google

Rechtsfolgen seiner Unterlassung eintreten; in seinem Schweigen liegt ein Verzicht zur Geltendmachung seiner Befugniß zu widersprechen, also eine Zustimmung zur Zurücknahme des Rechtsmittels, welche ebenfalls nicht widerrufen werden kann und daher auf den Verzicht auf die Einwendung des überhaupt zustehenden Rechtsmittels, sofern die Nothfrist nicht etwa gar schon abgelaufen war, hinausläuft. Wird man sonach zu dieser Rechtsfolge ohne Androhung eines Nachtheils für den Fall einer Nichterklärung des Beschuldigten kommen, so ist es selbstverständlich, daß der Beschuldigte unter demselben Präjudiz, es werde im Falle der Nichterklärung seine Zustimmung zu der Zurücknahme angenommen werden, und unter Setzung einer Frist zur Abgabe einer zustimmenden oder ablehnenden Erklärung aufgefordert werden kann.

3. „Der Vertheidiger bedarf zur Zurücknahme einer ausdrücklichen Ermächtigung". Dieser Schlußsatz des § 288 des Entwurfes ist ohne weitere Debatte zur Annahme gekommen. Es ist gleich, ob das Rechtsmittel vom Vertheidiger (§ 339 St. P. O.) oder von dem Beschuldigten selbst eingewendet worden war, diese „ausdrückliche Ermächtigung" kann schon vor Einlegung des Rechtsmittels, überhaupt im Voraus und allgemein in der dem Vertheidiger ausgestellten Vollmacht („Rechtsmittel einzulegen und eingelegte wirksam zurückzunehmen") ertheilt worden sein; wäre dies nicht der Fall, so müßte der Vertheidiger eine hierauf bezügliche Specialvollmacht beibringen, sofern nicht der Klient sonst eine desfallsige Erklärung zu den Akten brächte.

B. Der § 345 St. P. O.: „Wenn die Entscheidung über das Rechtsmittel auf Grund mündlicher Verhandlung stattzufinden hat, so kann die Zurücknahme nach Beginn der Hauptverhandnur mit Zustimung des Gegners erfolgen", ist

Digitized by Google

lediglich aus der Reichstags-Justizkommission hervorgegangen und bezieht sich nur auf die Berufung und Revision, da ja hier nur auf Grund mündlicher Verhandlung Entscheidungen ertheilt werden. Dem Umstand, daß dieser Gesetzparagraph 288 a zum Entwurf bei § 288 mit dem § 289 zusammen und im Anschluß an den Zusatz zu § 288 (oben A. unter 2) verhandelt worden ist, mag es zuzuschreiben sein, daß bei der Diskussion nicht die erforderliche Auseinanderhaltung stattgefunden hat und sich der § 345 des Gesetzes nicht der gewünschten Klarheit erfreut. Daher ist es auch gekommen, daß in den Kommentaren der Grund dieser Bestimmung verschieden angegeben wird.

Es war nämlich bei der ersten Lesung des Entwurfs von Dr. Mayer insoweit der Antrag eingebracht worden, die Zurücknahme des fraglichen Rechtsmittels nur bis zum Beginn der Verhandlung zu gestatten, denn sei einmal das Gericht mit der Verhandlung der Sache befaßt, so erscheine es mit der Würde des Gerichts nicht vereinbar, noch eine Zurücknahme des Rechtsmittels zu gestatten; in dieser Richtung äußerte sich auch Struckmann, daß dies in den letzten Jahren auf dem Gebiete der Antragsvergehen sich gezeigt habe. Diese Motivirung findet man z. B. in Thilos Kommentar für § 345 cit. verwendet, als beseitige die Zustimmung des Gegners jenes Bedenken, während sie durch die weiteren Verhandlungen als beseitigt zu achten ist dadurch, daß man die Rücknahme jenem Antrag Mayer's entgegen bis zum Urtheile gestatten zu müssen vorzog, da die Verhandlung selbst dem Beschwerdeführer klar machen könne, daß das Rechtsmittel erfolglos sei (Hanauer und v. Schwarze). Bei der zweiten Lesung brachte Lasker noch die Erwiderung: die Partei dürfe nicht bis zum Ausgang der Sache Herr des Materials bleiben; wenn der Staatsanwalt appellirt, Zeugen benannt habe und nach Vernehmung des ersten Zeugen zu der Ueber-

Digitized by Google

zeugung gelange, daß sein Rechtsmittel keinen Erfolg haben werde, auch der Beschuldigte erkläre, daß er auf die Fortsetzung der Verhandlung keinen Werth lege, dürfe dennoch das Gericht nicht behindert sein, freizusprechen; von dem Beginn der Verhandlung an habe der zweite Richter die völlig freie Entscheidung und auch der Verzicht des Beschuldigten habe keine entscheidende Bedeutung, da über Kriminalstrafen die Parteien nicht paktieren dürften. Hierauf stellte v. Schwarze den Antrag auf die Fassung: „so kann die Zurücknahme nach Beginn der Verhandlung nur mit Zustimmung des anderen Theiles erfolgen" und dieser Antrag fand Unterstützung, zumal nachdem Mayer und v. Schwarze übereinstimmend die Tendenz dieser Bestimmung dahin klar gelegt hatten: wenn der Beschuldigte in erster Instanz verurtheilt worden und der Staatsanwalt nicht zu Gunsten des Beschuldigten, sondern deshalb appellirt habe, um eine reformatio in pejus, eine Erhöhung der Strafe, zu erlangen, die Verhandlung in zweiter Instanz aber sich so gestalte, daß auch die Möglichkeit einer Freisprechung in Frage komme, würde es dennoch bei dem Urtheil der ersten Instanz verbleiben, wenn man dem Staatsanwalt blos das Recht ertheile, auch im Laufe der Verhandlung sein Rechtsmittel zurückzunehmen; diese Möglichkeit solle aber durch § 288a ausgeschlossen werden. Hiergegen bemerkte Hanauer zutreffend, wenn dies die Absicht der Kommission sei, würde die Bestimmung auf den Staatsanwalt beschränkt werden müssen; ohne daß dies aber geschehen, wurde v. Schwarze's Antrag angenommen[11]). Im Kommissionsbericht wurde noch hervorgehoben, daß in der Uebereinstimmung beider Theile ein nachträgliches Anerkenntniß der Richtigkeit der erstinstanzlichen Entscheidung und hierin wieder eine genügende Rechtfertigung

[11]) Hahn a. a. O. I. S. 986—988, II. S. 1380—1382 u. S. 1516.

Digitized by Google

für die ausnahmsweise Einstellung der bereits begonnenen Thätigkeit des mit dem Rechtsmittel befaßten Gerichts zu erblicken sei. In seinem Kommentar zur R. St. P. O. S. 495 giebt v. Schwarze allerdings zu, daß die praktische Bedeutung des § 345 sich vorzugsweise auf die Rechtsmittel des Staatsanwalts und auf die Vorschrift des § 343 beziehe, und auch Löwe a. a. O. Anm. 2 zu § 345 bemerkt, daß, obschon der Wortlaut dieses § die Rechtsmittel aller Prozeßbetheiligten umfasse, jenes Argument (richtiger gesetzgeberische Motiv) nur bei der Berufung der Staatsanwaltschaft zutreffe.

Wenn nun auch der vorwiegende Zweck des § 345 gewesen sein mag, die in § 343 ausgesprochene Wirkung eines von der Staatsanwaltschaft eingelegten Rechtsmittels, daß die angefochtene Entscheidung auch zu Gunsten des Beschuldigten abgeändert oder aufgehoben werden könne, dem letzteren gegen eine Zurücknahme des Rechtsmittels seitens der Staatsanwaltschaft zu sichern, indem einer solchen der Beschuldigte die Erklärung entgegensetzen darf, daß er eine Entscheidung des Instanzgerichts verlange, so ist allerdings nach dem Wortlaut des § 345 jede Zurücknahme des von jedem Prozeßbetheiligten zur Verhandlung gebrachten Rechtsmittels nur unter der Voraussetzung der Zustimmung des Gegners für wirksam erklärt. Inbetreff eines zu Gunsten des Beschuldigten von der Staatsanwaltschaft eingewendeten und bereits zur Verhandlung gebrachten Rechtsmittels hatte schon Satz 2 des § 344 bestimmt, daß es nicht ohne Zustimmung des Beschuldigten zurückgenommen werden könne, und es bleiben für die Anwendung des § 345 daher nur noch die folgenden Fälle übrig:

daß der Privat- bez. Nebenkläger ein Rechtsmittel im Laufe der Verhandlung zurückzunehmen erklärt, wozu der Beschuldigte in der Regel seine Einwilligung nicht versagen wird, es müßte ihm denn daran gelegen sein, im

Digitized by Google

Gefühl der Sicherheit, eine günstige Entscheidung, d. h. Zurückweisung der Berufung durch einen Richterspruch zu erlangen, ebenso wie einem Beschuldigten daran gelegen sein kann, wenn die Staatsanwaltschaft ein zum Nachtheil des Beschuldigten eingewendetes Rechtsmittel zurückzunehmen erklärt, nicht von Gnaden dieser, sondern durch einen Rechtsspruch, im schlimmsten Fall das Urtheil der Vorinstanz, wenn nicht zu seinen Gunsten abgeändert, so doch bestätigt zu wissen;

daß der Beschuldigte das von ihm eingewendete und zur Verhandlung gebrachte Rechtsmittel zurückzunehmen erklärt, wozu er jedoch mangels eines Vortheiles, namentlich einer Kostenersparniß, kaum einen Veranlassungsgrund haben wird, falls ihm nicht selbst die Nutzlosigkeit der Entscheidung so vor Augen tritt, daß er diese dem Gericht ersparen möchte — ein Fall der kaum eintreten dürfte, wenn jenem auch dies der Gegner oder der Vorsitzende des Gerichts begreiflich zu machen versuchen würde, da der Beschuldigte es doch lieber auf den Rechtsspruch ankommen lassen wird, wenn er einmal die Auferlegung der Kosten wie bei der Erfolglosigkeit seines Rechtsmittel auch bei dessen Zurücknahme zu gegenwärtigen hat; vergl. Abschnitt I. Es kann daher auch dem Beschuldigten ziemlich gleichgiltig sein, ob er die Zustimmung seines Prozeßgegners zur Zurücknahme des Rechtsmittels erlangt oder nicht und daher wird er sich schon aus Stolz nicht darum bemühen und die Zurücknahme gar nicht erklären. Nur wenn von beiden Theilen Rechtsmittel eingewendet werden, z. B. vom Privatkläger und dem Angeklagten, könnte eine beiderseitige Zurücknahme in der Instanzverhandlung paktiert werden, wogegen sich nichts einwenden läßt, was indessen mangels eines materiellen Vortheils kaum geschehen wird.

Also hat die Bestimmung des § 345, abgesehen von dem zuerst angeführten Fall, der den gesetzgebenden Faktoren vor-

Digitized by Google

geschwebt hat, wegen des Mangels eines durchgreifenden Interesses für den die Zurücknahme erklärenden Theil keine große praktische Bedeutung — für das Gericht allein die Ersparung der Entscheidung über das Rechtsmittel, für die Prozeßbetheiligten die der mündlichen Ausführung und Widerlegung, und auch diese Ersparung dann nicht, wenn die Zurücknahme, die bis zur Verkündung des Instanzurtheils zulässig ist, unmittelbar vor dieser erst erklärt und vom Gegner genehmigt wurde.

Daß dies letztere der Fall sein darf, widerstreitet allerdings der Würde des Gerichts und es wäre empfehlenswerth, die fr. Uebereinkunft der Parteien nur bis zum Schluß der Verhandlung bez. bis zur Zurückziehung des Gerichts zur Urtheisberathung zu gestatten; denn hat einmal das Gericht das Urtheil beschlossen und soll es dieses dann auch noch unverkündet beiseite legen, so liegt darin eine übermäßige Parteien-Prävalenz.

Endlich sei noch bemerkt, daß die nach § 345 paktierte Zurücknahme die Instanzverhandlung nicht von selbst beendigen kann. Der Kommissionsbericht scheint die „ausnahmsweise Einstellung" des Rechtsmittelverfahrens als einen im Gesetz nicht ausdrücklich erwähnten Fall der Einstellung aufzufassen. Daher kann ein daranf bezüglicher Beschluß gefaßt und es muß jedenfalls, wie auch bei der Zurücknahme jedes Rechtsmittels, ein Spruch über die Kostentragung bez. Kostenerstattung in Gemäßheit des § 496 ff. St. P. O. ergehen und zwar durch Verkündung in den Fällen des § 345, außerdem durch Zustellung den Betheiligten eröffnet werden.

Digitized by Google

VI.

Die Revisibilität ausländischen Rechts in Handelssachen.

Von Herrn Dr. Ludwig Fuld, Rechtsanwalt in Mainz.

Die C.-P.-O. hat durch die Fassung des § 511 prinzipiell die Revision nur in Ansehung des inländischen Rechts zugelassen, nemlich nur sofern ein Reichsgesetz oder ein über den Bereich des Oberlandesgerichts, dessen Entscheidung angefochten wird, hinaus geltendes Gesetz verletzt ist. Die Motive zu dieser Bestimmung führen in Erläuterung derselben aus; „Aus dem Wortlaute des § 511 ergiebt sich, daß die Revision, soweit es sich nicht um die Verletzung von Reichsrecht handelt, voraussetzt, daß das verletzte Gesetz innerhalb des Bezirkes des jenigen Oberlandesgerichts gilt, welches das Berufungsurtheil erlassen hat. Hieraus folgt[1]) die Revision kann nicht darauf gestützt werden, daß ausländisches Recht nicht richtig angewendet sei. Diese Konsequenz haben auch das französische Recht (Tarbé, cour de cassation, Paris 1840, pag. 495 III) und der preußische Entwurf gezogen. Sie entspricht dem Gedanken, auf welchem die Zulassung einer dritten Instanz beruht." Mit diesen kurzen Bemer-

Digitized by Google

kungen haben sich die Motive begnügt, offenbar in der Ueberzeugung, daß aus dem Prinzip der Einheitlichkeit der Rechtsanwendung und Rechtsauslegung, welchem ja die Revisionsinstanz dient, sich die von ihnen ausgesprochene Beschränkung von selbst ergebe. In der That besteht denn auch in der Litteratur der Prozeßgesetze eigentlich darüber kein Zweifel, daß sich inhaltlich des Gesetzes die Unmöglichkeit ergiebt, ausländisches Recht zur Revision zu bringen, und nur ganz vereinzelt wurde der Versuch gemacht, die gegentheilige Ansicht mit dem Wortlaute und Inhalte des Gesetzes in Einklang zu bringen; allein weit entfernt, daß dieser Versuch glückte, mußte der Verfasser desselben zugestehen, daß seine Ansicht mit der Absicht des Gesetzgebers nicht in Harmonie stehe, und, was für die praktische Behandlung der Frage am Wichtigsten ist das Reichsgericht hat auch eine Revision, gestützt auf die Verletzung ausländischen Rechts, niemals zugelassen.

So unbedenklich nun auch diese Ansicht bezüglich des ausländischen Zivilrechts sein dürfte, so erhebliche Bedenken kann sie in Handelssachen bei Anwendung des Handelsgewohnheitsrechts erregen. Nach Art. 1 des H. G. B. kommen in Handelssachen die Regeln des Gesetzbuchs und in Ermangelung derselben das Handelsgewohnheitsrecht, ganz eventuell das allgemeine bürgerliche Recht zur Anwendung. Zwischen diesem Artikel und der Bestimmung des § 511 der C. P. O. kann nun ein innerlicher, schwer lösbarer Widerspruch und ein Zweifel bezüglich der erwähnten Ansicht auch für das Gebiet des H. G. B. entstehen. Die folgenden Bemerkungen wollen diesen aus Anlaß eines praktischen Falles entstandenen Zweifeln Ausdruck geben und hierdurch eine Ventilirung derselben anregen. —

Daß das Gewohnheitsrecht überhaupt, also zunächst abgesehen ob in- oder ausländisches bezüglich der Re-

Digitized by Google

visibilität dem Gesetzesrechte völlig gleichgestellt ist, unterliegt in Ansehung der Bestimmungen des § 512 der C. P. O. und des § 12 des Einführungsgesetzes zu derselben nicht dem geringsten Zweifel. Die einzige Voraussetzung ist die der Geltung des betreffenden Gewohnheitsrechtssatzes in dem Bezirke des Berufungsgerichtes. Wie verhält es sich nun mit der Revisibilität ausländischen Gewohnheitsrechts? Scheiden wir zunächst den Fall aus, daß es sich in concreto um einen Satz des internationalen Handelsgewohnheitsrechts handelt, dessen Geltung auch im deutschen Handelsverkehr unbestritten ist. Kann auf einen Satz dieser Art die Revision gestützt werden? Unzweifelhaft; schon nach dem strikteften Wortlaute des § 511; denn der angefochtene Gewohnheitsrechtssatz gilt im Bezirke des Berufungsgerichts, da er auf allen Handelsplätzen, in welchen Geschäfte derjenigen Art abgeschlossen werden, die er im Auge hat, somit auch auf den deutschen, Geltung hat, in Anwendung stehet. Daß die Entstehungsquelle die internationale Rechtsübung und nicht die die nationale, deutsche ist bewirkt keine Alterirung. Wie steht es hiergegen in dem Falle, wenn ein ausländischer Gewohnheitsrechtssatz, welcher keine internationale Geltung besitzt, dagegen in concreto von dem deutschen Gerichte in Anwendung zu bringen ist, gar nicht oder unrichtig angewendet wurde? Wenn in einem Falle über welchen das H. G. B. keine positiven Normen enthält, nach Maßgabe des Art. 1 dieses Gesetzbuchs aber das Gewohnheitsrecht maßgebend ist, und, nach den Regeln der Statutenkollision, das anzuwendende Gewohnheitsrecht das englische ist, das Berufungsgericht den betreffenden englischen Gewohnheitsrechtssatz nicht richtig angewendet und erläutert hat, soll dann den Parteien die Möglichkeit abgeschnitten worden sein, im Wege der Revision eine Besseruung dieses Rechtsirrthums

Digitized by Google

herbeizuführen? Erinnern wir uns an die Fälle im Seeverkehr, bei welchen es ja gerade nicht zu den Ausnahmen gehört daß das H. G. B. in einem bestimmten Sachverhältniß keine Normen enthält und nach den Regeln der collissio statutorum ausländisches Gewohnheitsrecht zur Beurtheilung kommen soll; oder präzisiren wir die Sachlage noch etwas genauer, denken wir, die Kontrahenten, welchen bekannt ist, daß das H. G. B. über das von ihnen abgeschlossene Geschäft keine Regeln enthält, haben sich, sei es ausdrücklich, sei es stillschweigend, einem ausländischen Gewohnheitsrechtssatze unterworfen. Hätte das Berufungsgericht denselben überhaupt nicht angewendet, so wäre derselbe durch das Revisionsgericht exofficio, und ohne daß es eines dahin gehenden Antrags der Parteien bedürfte, anzuwenden; denn Art. 1 hat das Handelsgewohnheitsrecht, als objektive Rechtsnorm, denn Gesetzesrechte vollkommen gleichgestellt, und so gut das Gericht dieses stets zur Anwendung bringen muß, wo die Voraussetzungen dafür vorhanden sind, ebenso muß es dieß thun bezüglich des Handelsgewohnheitsrechts, die Kenntniß desselben vorausgesetzt. Die Sonderstellung des Revisionsgerichts als Wahrer der Rechtseinheit bewirkt in dieser Hinsicht keinerlei Alterirungen. Handelssachen sind eben bei vorliegender Frage nicht genau so zu beurtheilen, wie andere Zivilsachen und das weite Anwendungsgebiet, welches das H. G. B. für Handelssachen dem Handelsgewohnheitsrecht gesteckt hat, muß deshalb nothwendigerweise Modifikationen derjenigen Bestimmungen des Civilprozesses herbeiführen, welche diese rücksichtlich der Normen mancher Civilgesetzbücher und mancher Ansichten über das Gewohnheitsrecht als Ausnahmebestimmungen zu qualificirenden Regeln des H. G. B. nicht zur Genüge mit ins Auge gefaßt haben. Wenn hiernach ein Satz des aus-

Digitized by Google

ländischen Handelsgewohnheitsrechts unter Umständen sogar ex officio vom Revisionsgerichte angewendet werden muß, so kann unseres Erachtens auch nicht die Möglichkeit in Abrede gestellt werden, eine Revision auf eine Verletzung eines solchen Satzes zu stützen. Wenn das Berufungsgericht denselben, trotzdem es ihn kannte, überhaupt nicht angewendet hat, z. B. weil es der Ansicht war, daß die Bedingungen, welche zur Entstehung eines Gewohnheitsrechtssatzes gefordert werden, nicht vorhanden seien, oder weil es denselben vielleicht durch ein Gesetz für derogirt hielt, wobei wir den Fall einer Verkennung der richtigen Grundsätze der Statutenkollision als nicht hierher gehörig ausnehmen, so kann wegen dieser Unterlassung unzweifelhaft von den Parteien Revision ergriffen werden. Denn ist das Revisionsgericht in einem solchen Falle sogar von Amtswegen befugt, diese Unterlassung zu rügen und durch eine Anwendung des betreffenden Satzes Remedur zu schaffen, so darf doch billigerweise auch den Parteien das Recht nicht abgesprochen werden, auf sie das Rechtsmittel zu stützen. Hiergegen kann aus dem Wortlaute der C. P. O. nur mittelst einer am Buchstaben des Gesetzes haftenden Auslegung, welche die Worte „im Bezirke des Berufungsgerichtes gilt" forcirt, operirt werden. Ist das Gesetz durch die Nichtanwendung einer Rechtsnorm verletzt, und ist die nicht angewendete Rechtsnorm ein, durch ausdrückliche Sanktion des in Betracht kommenden materiellen Rechts als anwendbar erklärter Gewohnheitsrechtssatz, dessen Anwendung sogar von Amtswegen erfolgen muß, so kann es doch unmöglich im Sinne des Gesetzes liegen, den Parteien die Möglichkeit zu versagen, die Anregung zu dieser Ergänzung ex officio zu bieten. Die Motive zu § 511 betonen allerdings als Aufgabe der dritten Instanz die Wahrung der Rechtseinheit, welche die Beschränkung auf

Digitized by Google

inländisches Recht erheische. Allein eine so berechtigte Folge der Stellung des Revisionsgerichtes auch diese Beschränkung ist so kann sie unseres Erachtens doch niemals so weit ausgedehnt werden, um zu einer erheblichen Gefährdung, zu einer bedeutenden Schädigung hochwichtiger Interessen zu führen, und eine solche ist dadurch indizirt, wenn eine am Buchstaben des Gesetzes haftende Interpretation die eigenthümlichen Verhältnisse nicht beachtet, welche durch den Inhalt des Art. 1 des H. G. B. für das von ihm beherrschte Gebiet geschaffen sind, und in Verkennung dieser Sonderstellung die allgemeinen Grundsätze unterschiedslos anwendet. Spielt in Handelssachen das Gewohnheitsrecht eine ganz andere Rolle als in den dem bürgerlichen Rechtsgebiete angehörigen Civilsachen und kömmt das ausländische Handelsrecht und namentlich speziell das ausländische Handelsgewohnheitsrecht in Handelssachen in einer ganz andern Ausdehnung zur Anwendung als in Nichthandelssachen, so müssen auch für diese Verhältnisse die civilprozessualen Regeln mit derjenigen Alterirung angewendet werden, welche durch ihre besondere Natur gefordert ist. Nur eine ganz unzweideutige Erklärung des Gesetzestenors könnte uns bewegen dürfen, die entstehenden Zweifel als durch die expressa voluntas legis gelöst zu betrachten, nicht aber eine Aeußerung der Motive, welche offenbar an diesen eigenthümlichen Fall der Anwendbarkeit ausländischen Handelsgewohnheitsrechts nicht gedacht hat. Das H. G. B. hat mit der Erklärung der Anwendbarkeit des Handelsgewohnheitsrechts für all die Fälle, in denen das Gesetzbuch keine oder keine ausreichenden Normen enthält, offenbar zwischen inländischem und ausländischem Handelsgewohnheitsrecht nicht unterschieden. Der internationale Charakter der Handelsverhältnisse steht einer solchen Scheidung, wie sie das bürgerliche

Digitized by Google

Recht annehmen mag hindernd im Wege, und gerade für diejenigen Handelsverhältnisse, welche in den kodifizirten Rechten am häufigsten einer Regelung entbehren, ist der internationale Charakter eine Eigenthümlichkeit, gerade für sie muß ausländisches Gewohnheitsrecht angewendet werden, will man überhaupt irgend ein Recht zur Anwendung bringen deßhalb hat das H. G. B. im Art. 1 keinen Unterschied zwischen in- und ausländischem Handelsgewohnheitsrecht gemacht und in zahlreichen Fällen hat das R. O. H. G. ausländisches Handelsgewohnheitsrecht behufs Entscheidung herangezogen, in nicht seltenen Fällen auch eine Kassation des angefochtenen Urtheils wegen unrichtiger Auslegung des fremden Gewohnheitsrecht vorgenommen.

Allerdings stand das R. O. H. G. noch nicht unter der Herrschaft des § 511 der C. P. O., allein soviel glauben wir doch durch die vorstehenden Erörterungen gezeigt zu haben, daß mit zwingender Nothwendigkeit die Nichtrevisibilität des ausländischen Handelsgewohnheitsrechts nicht geschlossen werden kann, noch darf, sofern das Berufungsgericht den betreffenden Satz gar nicht angewendet hat. Wird aber die Revisibilität für den Fall der Unterlassung der Anwendung anerkannt — und sie scheint aus der von Amtswegen zu erfolgenden Anwendung nach Art. 1 des H. G. B. als eine gewissermaßen logische und auch nothwendige Konsequenz gefolgert werden zu müssen — so kann dieselbe auch für den Fall der irrigen Anwendung des Gewohnheitsrechts nicht mit statthaften Gründen in Zweifel gezogen werden. Denn das Gesetz hat die Nichtanwendung und die irrige Anwenduug völlig koordinirt und beide als Unterarten des allgemeinen Begriffs der Gesetzesverletzung behandelt. Ergiebt sich nun mit Rücksicht auf die Vorschriften des materiellen Rechts die Möglichkeit

Digitized by Google

der Revisibilität für den Fall der ersten Alternative so folgt dieselbe hieraus auch für die zweite. Es wäre ebenso unlogisch wie den Bestimmungen der C. P. O. zuwiederlaufend einen Unterschied zwischen beiden Alternativen zu konstituiren und die Revision im ersten Falle zuzulassen, im zweiten zu versagen. Es könnte nun eingewendet werden, daß die ganze im Vorstehenden gegebene Argumentirung auf einem ganz unhaltbaren Rechtsboden sich bewege, indem sie da einen Unterschied aufstellt, wo das Gesetz in vollkommen bewußter Weise die strengste Einheitlichkeit habe aufstellen und durchführen wollen. Allein thatsächlich besteht hier ein Unterschied, der unseres Erachtens nicht geleugnet werden kann. Die eigenthümlichen Normen, welche das H. G. B. für die Anwendung des Handelsgewohnheitsrechts aufgestellt hat, erfordern eben eine andere Art der Behandlung auch in prozeßualer Hinsicht, also hier rücksichtlich der Revisibilität, als die Regeln des bürgerlichen Rechts über die Anwendung des bürgerlichen Gewohnheitsrechts. Es kann nicht bestritten werden, daß der Art. 1 des H.G.B. und § 511 der C.P.O. nicht mit einander harmonieren und es fragt sich nur, ob die Entscheidung zu Gunsten des materiellen oder des Prozeßrechts ausfüllt? Wenn wir dafür halten, daß jenes obsiegen muß, so möchten wir außer dem bereits angeführten Gründen auch noch auf folgendes Argument verweisen. Die strickteste Anwendung des § 511 C. P. O. muß dazu führen, in Art. 1 des H. G. B. den Unterschied hinein zu interpretiren, welchen dasselbe bewußter Weise nicht gemacht hat, durch dessen Vermeidung sich das H. G. B. von den Fesseln eines nur das territoriale Recht berücksichtigenden Gesetzbuchs befreit und eine den auch die Anwendung exterritorialer Normen fordernden Interessen des internationalen Handels und Verkehrs Genüge leistende Gestalt angenommen hat. Denn kann

Digitized by Google

das ausländische Handelsgewohnheitsrecht nicht mit der Revision verfolgt werden, so kann man nur mittelst einer unzulässigen Einschränkung des Sprachgebrauchs von einem „Zur Anwendung kommen" desselben sprechen. Letzteres setzt voraus, daß ein bestimmter Rechtssatz nicht nur in erster und zweiter, sondern überhaupt in jeder zulässigen Instanz vom Gerichte angewendet und beurtheilt wird; ein Satz, dessen rechtliche Auslegung das oberste Gericht nicht prüfen kann, der somit möglicherweise in einer Weise gedeutet wird, die mit seinem Inhalte absolut kontrastirt, ein solcher Satz wird nicht in dem Sinne des Gesetzes „zur Anwendung gebracht." Wir wollen nun hier nicht die allgemeine Frage erörtern, ob überhaupt durch ein Prozeßgesetz ein solcher ein materielles Gesetz derogirender Unterschied in dasselbe hineingetragen werden kann; denn offenbar, mag diese Frage so oder anders entschieden werden, lag es dem Willen und der Absicht der C. P. O. fern, den Art. 1 des H. G. B. in irgend welcher Weise einzuschränken. Ja, es darf billig bezweifelt werden, ob überhaupt die Reichsgesetzgebung sich hätte entschließen können, in das H. G. B. eine Veränderung aufzunehmen, welche im Vergleiche mit dem System, das lex lata ist, nur als ein Rückschritt qualifizirt werden könnte! Wir können aber auch zur Stütze der im vorstehenden verfochtenen Ansicht auf den Art. 279 des H. G. B. hinzuweisen. Ohne den Unterschied zu verkennen, welcher, wenigstens nach Ansicht Goldschmidts, die man als herrschend bezeichnen darf, zwischen den in Art. 1 H. G. B. genanten Handelsgebräuchen und den in Art. 279 des Gesetzbuchs genannten Gebräuchen besteht, ohne das objektive in erstgenannten Artikel erwähnte Recht mit dem faktischen usus des letzgenannten zusammenzuwerfen, dürfen wir doch sagen, daß die strikte Konsequenz der Nichtrevisibilität des ausländischen Gewohn-

Digitized by Google

heitsrechts auch zu einer erheblichen Einschränkung dieser für die Auslegung des wahren Parteiwillens so sehr bedeutungsvollen Bestimmung führen kann, wenn schon wir nicht soweit gehen, zu sagen, führen muß. Wenn für ein im Auslande abgeschlossenes Geschäft bezüglich der Bedeutung und Wirkung einer Handlung oder Unterlassung ein ausländischer Handelsgebrauch besteht, den der erste Richter zwar als bestehend konstatirt, aber gar nicht angewendet hat, so muß eine hierauf gestützte Revision durchdringen, weil durch die Nichtberücksichtigung Art. 279 des H. G. B verletzt ist. Dieß wird wohl auch von der entgegengesetzten Theorie nicht bestritten werden können, wiewohl dabei eine Rücksichtnahme auf den ausländischen Gebrauch nicht zu vermeiden ist. Allein dieselbe muß die Revision versagen wenn der judex a quo den bestehenden Gebrauch, über dessen Existenz kein Streit ist, eine unrichtige Ausdehnung und Wirkung beigemessen hat. Daß die faktische Feststellung für das Revisionsgericht bindend ist, kömmt nicht in Betracht, da nicht die Existenz an sich Gegenstand des Revisionsgesuches war, sondern nur die Auffassung, welche das Oberlandesgericht in rechtlicher Hinsicht von demselben entwickelte. Unserer Ansicht nach würde eine irrige Auslegung des faktisch konstatirten Gebrauchs auch eine Verletzung des Art. 279 H. G. B involviren und deshalb aufzuheben sein. Wenn indessen die letzten Ausführungen auch nicht überzeugend sein sollten so müßten doch an der Anwendbarkeit der Regel der Nichtrevisibilität ausländischen Rechts auf das Handelsgewohnheitsrecht ernstliche Zweifel sich geltend machen, welche eine nähere Prüfung dieser Frage herbeiführen müssen, was wir mit unsern Anregungen bezwecken möchten. Bedeutende materielle Interessen des Handelsstandes, insbesondere des seefahrenden, sind durch eine Nichtan-

Digitized by Google

wendung ausländischen Gewohnheitsrechts bei der Revision der bedenklichsten Schädigung und Gefährdung ausgesetzt. Mit der durch die Kolonialpolitik nothwendig verbundenen Erweiterung und Ausdehnung des Seehandels Deutschlands würde sich diese Schädigung noch in erheblich vergrößertem Umfange geltend machen. Deßhalb hat unserer Ansicht nach der deutsche Handelsstand ein hervorragendes Interesse, daß diese Frage in der im Vorstehenden verfochtenen Weise gelöst wird, durch die Judikatur, oder, sollte dies auf Grund der lex lata absolut unmöglich sein, wovon wir bisjetzt noch nicht überzeugt sind, durch die Gesetzgebung.

Digitized by Google

VII.

Das Wesen des damnum injuria datum nach gemeinem Recht.*)

Berichtigung verschiedener bisher über dasselbe herrschender Ansichten.

Eine zivilistische Abhandlung. **)

Von Herrn Gerichtsassessor Dr. August Hefke.

---

§. 1.

I. Einleitung und vorläufige Kritik der Litteratur.

Die neuere Praxis [1]) scheint (wie aus den in Seuff. Arch. mitgeteilten Entscheidungen an mehr als einer Stelle [1]) hervorgeht) der fehlerhaften Ansicht zu hul-

---

*) Geschrieben ist der nachstehende. durch einen in praxi verhandelten und gelegentlich zu meiner Kenntniß gelangten Rechtsfall veranlaßte, Aufsatz — ebenso wie die schon früher in diesem Archiv veröffentlichten beiden Abhandlungen „über den Beweis der culpa" 2c. und „der Arzt im" 2c. — im Jahre 1879 (vor dem Inkrafttreten der Reichsprozeßgesetze), so daß die spätere Litteratur nicht berücksichtigt worden ist.

**) Inhaltsangabe. I. § 1. Einleitung und vorläufige Kritik der Litteratur. II. § 2. Was ist damnum injuria datum? III. Erfordernisse des damnum injuria datum. 1. § 3. Beschädigung oder Vernichtung einer fremden körperlichen Sache. 2. Schuldvolle Thätigkeit. a. § 4. Subjektives Moment (culpa, injuria). b. § 5. Objektives Moment. Positive Tätigkeit. 3. Körperliche Einwirkung auf das Objekt (und zwar entweder unmittelbar oder mittelbar). a. § 6. Unmittelbare körperliche Einwirkung auf das Objekt. b. § 7. Mittelbare körperliche Einwirkung auf das Objekt. 4. § 8. Durch schuldvolle Tätigkeit. — Aquilischer Kausalnexus. IV. § 9. Illustration des bisher Dargestellten durch einen Rechtsfall. V. § 10. Konkurrenz zwischen Kontrakts- (dinglichen 2c.) und aquilischen Klagen. VI. § 11. Rekapitulation.

[1]) Wir brauchen vorläufig nur zu verweisen auf Seuff.

Digitized by Google

digen, die actio damni injuria dati sei statthaft überall, wo Jemand einem Anderen schuldvoll einen Vermögensverlust zugefügt habe. Der Erfahrungsgrundsatz, daß die Fehler der Praxis häufig auf ungenügender Klärung und Durchbildung der Theorie eines Rechtsinstituts beruhen, trifft auch hier zu. Unsere zur Zeit maßgebenden Lehrbücher fangen zwar, aufmerksam gemacht durch die alles Maß übersteigende Ausdehnungssucht der praktischen Entscheidungen über damnum injuria datum, allmählich an, den richtigen leitenden Gesichtspunkt zu suchen, zum Teil auch wohl schon entfernt anzudeuten, allein es fehlt unseren Kompendien trotzdem noch der leitende Grundsatz selbst, die durchschlagende Regel, welche allein eine konstante, in geordneten Bahnen fließende und hierin sich selbst bewußte Praxis herbeiführen kann; es fehlt ihnen m. e. W. eine Definition des damnum injuria datum nach seiner heutigen Geltung. — Die meisten neueren Schriftsteller vermeiden entweder eine solche Definition mit außerordentlicher Vorsicht, oder aber sie definiren u. E. falsch. — Im Einzelnen mögen hier angeführt werden folgende Autoren:

1. Schömann, Handb. des Civilrechts 1806 Bd. I. S. 206: „Die Aquilia vindizirt also . . . die positive schädliche Thätigkeit in ihrem ganzen Umfange". — Wenn eine solche Definition richtig wäre, welchem Zwecke dienten dann die actiones negotiorum gestorum (vgl. Hasse, Culpa des Rechts. 2. Ausg. S. 109—110 Not. 2), furti, vi bonorum raptorum, de turba, de servo corrupto, condictio furtiva, actio doli u. s. w. u. s. w.? Sie alle

Arch. XVI. 114 (hier trifft mißverständliche Auslegung der L. 50 § 4 L. 51 D. de furt. 47,2 mit irriger Vorstellung vom Wesen des damnum injuria datum zusammen), XVIII. 246 u. XXI. 55 (vgl. unten S. 229 ff.). Cfr. ibid. XXXI. 35. XXXIII. 129 (hierzu die Anm. der Redaktion), 303.

Digitized by Google

würden ersetzt werden durch die „Aquilia„ und sie würden überall nicht zur Existenz gelangt sein, wenn die Römer (welche das Ihering'sche Prinzip der„ juristischen Oekonomie" streng beobachteten und eine übermäßige Klagenkonkurrenz perhorreszirten) die Schömann'sche Definition gekannt und — gebilligt hätten.

2. Noch weiter geht die Definition von Göschen, welcher — Vorl. über das gem. Civilr. II. 2. 1839. § 588 S. 559 — meint, damnum injuria datum sei „jeder unrechtmäßiger Weise zugefügte Schaden" (hier fehlt sogar das Moment der positiven Handlung), und hieran die nichtssagende Bemerkung knüpft, das damnum inj. datum in „seiner technischen Bedeutung" bezeichne einen „Schaden, den Jemand einem Anderen dadurch zugefügt hat, daß er der lex Aquilia entgegenhandelte". — Uebrigens betont Göschen § 592 a. E. das Erforderniß der körperlichen Einwirkung und rügt die in Doktrin und Praxis herschende Erweiterungssucht mit den Worten: „Dies muß denn natürlich zu unbegrenzter, regelloser Willkür führen"

3. Mackeldey-Roßhirt, Lehrb. des heut. röm. Rechts 1838 § 452: jede Vermögensbeschädigung „durch widerrechtliche Thätigkeit (culpa, injuria)". Also wenn Jemand den Anderen bestiehlt, hat dieser eine aquilische Klage?

4. Unterholzner, Schuldverhältnisse Bd. II. 1840 S. 690 ff., definirt nicht, und spricht zunächst nur von Beschädigung schlechthin, gibt jedoch hierauf die Erfordernisse im Allgemeinen richtig an.

5. Bucher, Recht der Forderungen 1815 §. 148 S. 317, erteilt die aquilische Klage dann, wenn „positive schädliche Thätigkeit die unmittelbare Ursache einer widerrechtlichen Beschädigung ist". Ihm würde beizustimmen sein, wenn er statt „unmittelbare" — „dem Thäter zurechenbare" (vgl. unten §§ 4 und 8) und statt „Beschädigung" — "Sachbe-

Digitized by Google

schädigung" gesagt hätte. Zudem ist das „schädliche" als Attribut der „Thätigkeit" hier eine unzulässige Häufung.

6. v. Wening-Ingenheim, Lehrb. des gem. Civilr. II. 5. Aufl. § 330 (311), versteht unter damnum injuria datum, „die an sich widerrechtliche Schadenszufügung durch positives Thun".

Diese Definition, welche a) mit dem „an sich widerrechtliche" das Erforderniß der imputablen (subjektiven) Verschuldung nicht genügend ausdrückt, b) das Moment der körperlichen Einwirkung und zwar c) auf eine körperliche Sache (welche beschädigt oder vernichtet sein muß) völlig außer Acht läßt, harmonirt mit der ad 1. erwähnten von Schömann, und ist ungefähr so viel wert, als diejenige: damnum injuria datum ist eine unerlaubte Handlung.

7. Schweppe, röm. Privatrecht Bd. III. 4. Aufl. § 547, definirt das damnum injuria datum als „die schuldvolle Beschädigung oder Vernichtung der Sachen Jemandes" und übertrifft somit die v. Wening'sche Definition an relativer Korrektheit. Seine Begriffsbestimmung zeichnet sich zwar aus durch Präzision und klassische Kürze, leidet aber an zu großer Abstraktheit und bietet gegen die in praxi vorherschenden Erweiterungstendenzen nur geringe Kautel.

8. Arndts, Pand. 7. Aufl. § 324, betont das Tun (läßt jedoch zweifelhaft, ob es hier nur Kommissiv-, oder zugleich auch Omissivhandlungen bedeuten soll), ohne das Erforderniß der (unmittelbaren oder mittelbaren) körperlichen Einwirkung auf ein corpus hervorzuheben.

9. Vangerow, Pand. Bd. III. 7. Aufl. §. 681, gibt Kautelen, macht auf die vorzüglich zu beherzigenden Punkte aufmerksam (S. 581—84) und tadelt die zu weit gehende Ausdehnung des damnum injuria datum in der heutigen Praxis, vermeidet jedoch ebenfalls die (für die Restriktion der zu weit gehenden und Herbeiführung einer konstanten Praxis unerläßliche) Definition desselben.

Digitized by Google

10. Ebenso gibt Windscheid Pand. Bd. II. 4. Aufl. § 455. über die der heutigen aquilischen Klage zu Grunde liegenden Beschädigungen wohl Regeln an, aber keine klare Begriffsbestimmung derselben. Unter Anderem betont er zwar, daß die Römer nicht „über das Moment der Schadenszufügung an einer körperlichen Sache hinausgegangen" seien, trifft jedoch den Punkt, worauf es ankommt, hiermit nur halb (oder zu einem noch kleineren Teile).

Im allgemeinen ähnlich (zum Teil noch unter Darlegung gänzlich veralteter Ansichten) verfahren:

11. Mühlenbruch, Lehrb. des Pand. R. Bd. II. 1838 § 448 S. 459 (definirt nicht).

12. Keller, Pand. S. 675 § 356: „Vergehen der körperlichen Schädigung fremden Eigenthums". (Keller gibt übrigens die Erfordernisse der aquilischen Beschädigungen relativ richtig an, wenn auch die eben angeführte Begriffsbestimmung zu allgemein ist.)

13. Thibaut, Syst. des Pand. R. 9. Ausg. 1846 § 551 (gelangt besonders ad 2. und 3. zu unrichtigen Resultaten).

14. Seuffert, prakt. Pand. R. 1860 § 400.

15. Brinz, Pand. Bd. I. 1857 §. 120. S. 518 ff.

16. Baron, Pand. 2. Aufl. §. 313.

17. Puchta, Lehrb. § 388.

18. Vering, Gesch. u. Pand. ꝛc. 4. Aufl. § 211, welcher schließlich betreffs der actio in factum die richtige Ansicht u. E. verfehlt (§ 211 i. f.: „nicht corpori").

19. In dem gediegenen Werk von Förster, Theorie u. Praxis des preuß. Privatrs. Bd. I. § 90 findet sich eine für das gemeine Recht entschieden unrichtige Erörterung des damnum injuria datum. Insbesondere ist es falsch, wenn Förster a. a. O. sagt: „Die Bezeichnung einer in factum actio ad exemplum legis Aquiliae war in bequemster und ungemessener Weise dehnbar", und daraus im folgenden

Digitized by Google

Satze eine merkwürdige Folgerung für das heutige Recht zieht.

Auch die Monographien über das damnum injuria datum vermeiden theils überhaupt die Definition desselben, theils versuchen sie eine solche zu geben, ohne jedoch die richtige zu finden.

Vgl.: 1) Pernice, zur Lehre von den Sachbeschädigungen 1867 S. 93 ff. 164. Dieser Schriftsteller hält Unterlassungen für genügend.

2) Elvers de culpa 1822. p. 124 squ.

3) Hänel, vom Schadensersatze 1823 § 34 ff.

4) Hasse, die Culpa des röm. Rechts, 2. Aufl. S. 20—53. Hasse gibt die Erfordernisse an (zum Teil in unzutreffender Weise, wie suo loco weiterhin gezeigt werden soll) und vermeidet die Definition.

5) Busch im Arch. f. civil. Praxis Bd. XXXV. S. 139 ff. kommt zu ganz besonderen Resultaten, indem er die Unterlassungen der positiven Thätigkeit gleichstellt, alles Gewicht auf die culpa (das subjektive Moment) legt und demnach überall da noch eine aquilische Klage ertheilen will, wo ohne sie schon alle möglichen anderen Klagen zulässig sind, sowie überall da, wo nach der richtigen Ansicht überhaupt keine Klage stattfindet.

(Vgl. die Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts Bd. X. S. 404: Das gemeine Recht kennt keinen Rechtssatz, daß Jeder den durch seine Schuld . . . entstandenen Schaden zu ersetzen verpflichtet ist.)

Cfr. Busch, Stimme der Praxis 1862 S. 204 ff. und insbesondere das. S. 207 oben: „Die L. A. umfaßt alle und jede culpa in und außer Vertragsverhältnissen." (Wäre dies richtig, so würde

Digitized by Google

neben der Sachbeschädigungsklage eine unendliche Klagenkonkurrenz stattfinden.)

Widerlegt werden Busch und Pernice unten S. 242 ff.

Auch neuere Gesetzgebungen dehnen das Gebiet der Sachbeschädigungen in ungebührlicher Weise aus.

Code civil art. 1383: „Chacun est responsable du dommage, qu'il a causé non seulement par son fait, mais encore par sa négligence ou par son imprudence" (vgl. hierzu die Entscheid. des ROHG. Bd. X S. 404) und art. 1382.

Preuß. Landr. I. 6 §. 10—12. 82—97.

Oesterreich. Gesetzb. §. 1294. 1295. 1331.

Sächs. Gesetzb. §. 116. 117. 773. 774.

Züricher Gesetzb. §. 1837.

Die Grundlage für Beantwortung der Frage, was gemeinrechtlich als damnum injuria datum anzusehen sei und was nicht, bildet das römische Recht, welches, wenn irgendwo, ganz besonders hier Anspruch auf unbedingte Geltung hat (wenigstens in den Ländern des gemeinen Rechts) und einer expansiven Korrektur durch neuere Gesetzgebungen absolut nicht bedarf. Denn auf keinem anderen Gebiete haben Jurisprudenz und Prätor, getrieben durch unabweisbare Forderungen des Lebens (da die alte lex Aquilia selbst das weite Gebiet der Sachbeschädigungen nur zum allergeringsten Theile umfaßte), den heutigen Bedürfnissen und Verhältnissen (unbewußt) in so reichem Maße Rechnung getragen, als in der Theorie des damnum injuria datum. Diese Theorie noch weiter auszubilden (richtiger: auszudehnen), als im römischen Recht (zur Zeit seiner größten Ausbildung) geschehen, liegt h. z. T. absolut kein Grund vor. Sondern es handelt sich hier nur darum, die Intention der römischrechtlichen Quellen, die ihnen vorschwebenden leitenden Gesichtspunkte

Digitized by Google

zu ermitteln und auf solche Weise das eigentliche Wesen des gemeinrechtlichen damnum injuria datum zu ergründen, was unsere Litteratur[2]) u. E. bisher versäumt hat.

§. 2.

II. Was ist damnum injuria datum?

A. Im strengen Anschluß an die alte lex Aquilia (Plebiszit aus dem 5. Jahrh. der Stadt) ist das damnum injuria datum zu definiren als: die Beschädigung oder Vernichtung einer fremden körperlichen Sache durch schuldvolle Tätigkeit mittels unmittelbarer körperlicher Einwirkung auf das Objekt. Außer Rücksicht bleibt hier natürlich das zweite Kapitel der lex Aquilia (Gaj. III. 215), von welchem schon Justiniom §. 12 Inst. 4, 3 erklärt: „in usu non est." Die lex Aquilia (cap. I u. III) umfaßte nicht die Beschädigungen oder Vernichtuugen fremder körperlicher Sachen durch blos mittelbare körperliche Einwirkung auf diese, sondern sie verlangte zum Begriffe ihres damnum corpore corpori datum eine unmittelbare körperliche Einwirkung seitens des Thäters auf die Sache, also jedenfalls auch ein positives Thun seitens des Damnifikanten (ohne dieses war körperliche Einwirkung auf die Sache unmittelbar nicht möglich). In den Fällen,

[2]) Uebrigens findet sich schätzbares Material bei folgenden beiden älteren Schriftstellern (von denen man natürlich keine klaren Begriffsbestimmungen erwarten darf): Suarez de Mendoza in Meermanni thesauro juris civ. et canon. tom. II. p. 8 und G. Noodt, opera omn. tom. I. p. 119 squ. — Völlig unbrauchbar ist der Artikel in Weiske's Rechtslex. Bd. I. 2. Ausg. S. 62: „Actio damni injuria dati" = „Klage, womit Jeder, welcher den Anderen durch eine unbefugte, positive Handlung in Schaden gebracht hat, auf Ersatz des Schadens belangt werden kann." Diese Definition umfaßt außer allen möglichen Delikten sogar gewöhnliche Kontraktsbrüche durch positive Handlungen. —

Digitized by Google

welche der obigen Begriffsbestimmung des damnum injuria datum (im engsten — älteren — Sinne) entsprachen, ertheilten die Römer eine actio legis Aquiliae directa (vorausgesetzt, daß der Eigentümer der verletzten Sache die Klage erhob) aus dem ersten und dritten Kapitel des Gesetzes.

Gaj. III. 219 Collat XII. 7 §. 4—6. §. 13 i. f. §. 16 Inst. de lege Aq. 4, 3 L. 2 pr. 3. 5. § 3 L. 7 §. 1. 7. 8 L. 9 pr. §. 1 L. 18. 19. 23 §. 9 L. 27 §. 5—7. 12. 15. 18—20. 23—26. 29. 31. L. 29 §. 2. 3 L. 39 pr. L. 42. 51 pr. 52. pr. D. h. t. 9, 2.— L. 27 §. ult. D. de furt 47, 2. L. 25 i. f. D. de injur. 47, 10. Cfr. L. 1 §. 7 D. si quadr. paup. 9, 1.

[Die L. 27 §. 20 cit. 9, 2 spricht jedenfalls von einer actio directa — sie beginnt mit „Item" und der unmittelbar vorhergehende §. 19 schließt mit „sufficit Aquiliae actio" —, während z. B. Vangerow Pand. III. S. 583 sie für eine actio in factum hält.]

Die in den angef. Gesetzesstellen erörterten — der obigen Begriffsbestimmung entsprechenden — Fälle, also die Fälle der actio legis Aquiliae directa, sind diejenigen Fälle (und dies ist ihr vorzüglichstes Kriterium gegenüber den Fällen der ationes utiles und in factum „ad exemplum legis Aquiliae") in denen die Beschädigung verübt ist durch unmittelbare körperliche Einwirkung auf die Sache, also die eigentlichen Fälle des damnum corpore corpori datum.

B. Im Laufe der Zeiten und noch während der Dauer der römischen Republick stellte sich heraus, daß die obige Begriffsbestimmung des damnum injuria datum absolut nicht den manigfachen Anforderungen und Bedürfnissen des (inzwischen gesteigerten) rechtlichen Verkehrs und Lebens genüge. Jurisprudenz und Prätor beeiferten sich demnach, die im streng aquilischen Begriffe des damnum

Digitized by Google

injuria datum mit der Zeit sich herausstellenden Lücken durch Doktrin, Gesetzgebung und Praxis in ausgiebigster Weise auszufüllen. So kam es denn, daß bald auch für Sachbeschädigungen durch bloß mittelbare körperliche Einwirkung auf die Sache, sowie für Beschädigungen oder Vernichtung des Körpers eines freien Menschen (hier war nach L. 13 pr. D. h. t. 9,2 die directa actio unzulässig, „quoniam dominus membrorum suorum nemo videtur") und für Fälle, in denen statt des Eigenthümers der beschädigten Sache ein Anderer sich verletzt fühlte (cfr. L. 12 D. h. t. 9,2), actiones utiles und in factum „ad exemplum legis Aquiliae" eingeführt wurden; und zwar scheinen die actiones utiles (wenigstens vorwiegend) auf den durch die römische Jurisprudenz interpretando (respondendo ꝛc.) vorgenommenen Erweiterungen der lex Aquilia beruht zu haben, dagegen die actiones in factum (ad legem Aquiliam) aus quasi gesetzgeberischen Akten (Edikten) des Prätors und aus der Praxis hervorgegangen zu sein. [3]) Welches nun die Anwendungsgebiete und Grenzen der actiones utiles und in factum (ad legem Aquiliam) unter sich waren, m. a. W. welche Sachbeschädigungsfälle unter die actiones utiles und welche unter die actiones in factum fielen, das zu entscheiden ist erstens (obgleich Gajus in seinen Inst. III. 219 die utiles actiones l. A. erörtert — jedoch ohne irgendwo die auch hierher gehörigen in factum actiones zu erwähnen — und obgleich Justinian im §. ult. Inst. h. t. 4,3 die Sache zu präzisiren versucht) sehr schwierig, da in den Digesten ein festes Unterscheidungsprinzip sich nicht mehr auffinden läßt, [4]) und zweitens — da die Frage eine

[3]) Der Prätor schritt edicendo ein, wo ihm die rein interpretative Rechtsbildung der Jurisprudenz nicht auszureichen schien.

[4]) Besonders sind hieran wohl die Kompilatoren schuld, welche die scharfen Distinktionen des Formularprozesses mit Recht für über-

Digitized by Google

vorwiegend oder vielmehr rein historische ist, während es sich bei uns um Fragen des praktischen Rechts handelt — hier durchaus überflüssig.

C. Das damnum injuria datum auf der Stufe seiner höchsten Entwickelung im römischen Recht (welches bald directa, bald utilis, bald in factum actio ex lege Aquilia bezw. ad legem Aquiliam begründete), also auf derjenigen Stufe, welche, wie bereits oben S. 218 angedeutet, auch für das heutige gemeine Recht noch maßgebend ist, ist nun zu definiren als: die Beschädigung oder Vernichtung einer fremden körperlichen Sache (oder des Körpers bezw. der Gesundheit eines Menschen) durch schuldvolle Thätigkeit mittels unmittelbarer körperlicher Einwirkung auf das Objekt. — In dieser Definition [5]) sind zugleich die

flüssig hielten. Vgl. jedoch Hänel, vom Schadenersatze § 36. Bucher, Recht der Forderungen § 149. — Unjuristische Ausdrücke wie „utilis in factum“ actio (L. 26 § 3 i. f. D. d. pactis dot. 23,4) fallen ebenfalls auf Rechnung der Kompilatoren. — Wenn Justinian im § ult. Inst. h. t. 4, 3 eine in factum actio ertheilt, „si . . . neque corpus laesum fuerit“, so ist der Ton nicht auf corpus, sondern auf laesum zu legen. Justinian denkt u. A. an das in demselben § ult. i. f. angeführte Beispiel und jedenfalls an Fälle, in denen das Moment der körperlichen Einwirkung auf die Sache vollständig vorliegt.

[5]) Diese Definition ist aus den Quellen natürlich nicht direkt zu entnehmen. Sie läßt sich nur auf indirektem Wege finden, indem man das von den Quellen gebotene (außerordentlich reichhaltige, vgl. § 7) kasuistische Material durchforscht (empirischer Weg) und aus diesem Material (auf spekulativem Wege) ein leitendes Prinzip zu extrahiren sucht. — Sollten die hier und S. 219 gegebenen Definitionen an Mängeln leiden, so mögen zu deren Entschuldigung dienen Javolen's Worte in L. 202 D. de R. J. 50,17: „Omnis definitio in jure civili periculosa est; parum est enim, ut non subverti possit.“ Vgl. hierzu noch Gesterding, Ausb. v. Nachforsch. Bd. I. 1826 S. 235 ff.

Digitized by Google

Erfordernisse des damnum injuria datum enthalten. Im Einzelnen sind dies folgende:

1. Eine Beschädigung oder Vernichtung einer fremden (das in se ipsum saevire erschien den Römern nicht als etwas an sich Strafbares) körperlichen Sache (damnum corpori datum.) [6])

2. Schuldvolle Thätigkeit.

Hierin liegen:

a. das subjektive Moment: die culpa, aquilische Schuld, injuria, und

b. das objektive Moment: positives Thun.

[Daß es einer Hervorhebung der Widerrechtlichkeit der Handlung absolut nicht bedarf, wird unten §. 4 nachgewiesen werden.]

3. Körperliche Einwirkung auf das Objekt; diese kann geschehen

a. unmittelbar (actio legis Aqu. directa) oder

b. mittelbar (actio utilis oder in factum).

4. Die schuldvolle Thätigkeit (mit körperlicher Einwirkung auf das Objekt) muß (wie aus dem „durch" in der S. 222 gegebenen Begriffsbestimmung klar hervorgeht) die Ursache der Sachbeschädigung gewesen sein. — Kausalnexus.

Diese Erfordernisse des damnum injuria datum (in seiner weitesten Bedeutung), welche in der heutigen Theorie und Praxis bis jetzt eine sehr wenig genügende Berücksichtigung gefunden haben [7]), sollen in den nachfolgenden Paragraphen erläutert werden.

---

[6]) Von der Beschädigung oder Vernichtung eines (freien) Menschen (cfr. L. 13 pr. D. h. t. 9,2; die Römer ertheilten utilis actio), darf im Ferneren abgesehen werden, da für sie nach heutigem gemeinen Recht nichts Abweichendes gilt.

[7]) Daß diese Erfordernisse — insbesondere das Erforderniß 1. der Sachbeschädigung, 2. des positiven Thun's und 3. der

Digitized by Google

III. Erfordernisse des Damnum injuria datum.

§. 3.

1. Beschädigung oder Vernichtung einer fremden körperlichen Sache.

I. Zum Wesen des damnum injuria datum nach römischem und heutigem Recht ist absolut erforderlich 1) eine Beschädigung[8]) oder Vernichtung[8]) einer fremden körperlichen Sache. Fehlt dies Moment — dessen Notwendigkeit schon aus dem römischen „damnum" sich ergiebt wie weiterhin ad. II. nachgewiesen werden soll —, ist im Gegentheil die Substanz der betr. Sache (des angeblichen Objekts des damnum inj. datum) vielleicht sogar verbessert — im Werthe gehoben —, so liegt kein damnum injuria datum vor.

körperlichen Einwirkung auf das Objekt — h. z. T. so wenig berücksichtigt und daß demnach die Sachbeschädigungstheorie in unzulässiger Weise auf sogen. analoge Fälle ausgedehnt wird, mag zum Theil seinen Grund haben in einer falschen Interpretation von L. 33 § 1 D. ad leg. Aqu. 9,2: „In damnis, quae lege Aquilia non tenentur, in factum datur actio," und § ult. Inst. h. t. 4,3: Sed si non corpore.. sed alio modo damnum alicui contigerit" etc. Hierher gehört auch das nur scheinbar allgemein gefaßte: Ceterarum rerum . . . si quis alteri damnum faxit" in L. 27 § 5 D. h. t. 9,2 und das von Manchen gröblich mißverstandene „nam et qui occasionem praestat, damnum fecisse videtur" in L. 30 § 3 D. lod. — Vgl. noch Hasse, die Culpa des röm. Rechts 2. Ausg. S. 27 Note 1 und Windscheid Pand. II. § 455 Note 6 geg. Ende. — Die richtige Bedeutung und korrekte Interpretation jener Stellen wird sich im weiteren Verlaufe dieser Abhandlung von selbst ergeben.

[8]) Unter dem der Einfachheit wegen gewählten Worte „Vernichtung" (bezw. „Beschädigung") ist auch die consumtio, sowie die irreparable Entziehung der Sache (z. B. das in's Meer Werfen derselben) und das „applicare aliud, cujus molesta separatio sit" (dieses kann einer Vernichtung der Sache gleichkommen, kann aber auch bloße Beschädigung sein, — je nachdem die „separatio" impossibilis oder bloß „molesta" ist) u. dgl. zu verstehen. L. 27 § 14. 20. 21. L. 30 § 2 D. h. t. 9,2. — Ist eine

Digitized by Google

L. 27 §. 17 D. h. t. 9,2 (Rom. et Mos. Rer. Collat. II. 4 §. 1). L. 27 §. 25—28 D. eod.

Ferner ist absolut erforderlich 2) die Beschädigung oder Vernichtung einer fremden körperlichen Sache. Die aquilische Klage, auch nach ihren größten Erweiterungen, ist und bleibt eine Sachbeschädigungsklage und es ist durchaus unstatthaft, sie auch wegen bloßer Vermögensbeschädigung (ohne Sachbeschädigung) zu ertheilen

[Vgl. Seuff. Arch XXXIII. 302.]

oder bei der aquilischen Theorie das Gewicht gerade auf die Vermögenseinbuße zu legen, wie es geschieht von

Pernice, Sachbeschädigungen S. 98 (S. 93 ff.).

Vgl. v. Wening — Ingenheim, Lehre v. Schadensersatze 1841 S. 28 ff. Vgl. noch v. Bar, Kausalzusammenhang 1871 S. 133 ad 1 (die dort ad 1. aufgestellte Generalthese dürfte in ihrer Allgemeinheit durchaus unzutreffend sein).

Die Beschädigung einer fremden körperlichen Sache ist zwar zugleich stets eine Beschädigung des fremden Vermögens (denn die beschädigte Sache ist ja ein Theil des letzteren [9]) und andererseits bereichert eine etwaige Wertherhöhung einer fremden körperlichen Sache eo ipso auch immer das fremde Vermögen.

Cfr. L. 27 §. 28 D. h. t. 9,2. Aber diesen Satz um-

bloße Entziehung der Sache oder ihres Gebrauchs zwar reparabel, hat sie jedoch dem Eigenthümer bereits Schaden verursacht, so ist dieser zu ersetzen (d. h. hier wird — da die reparable Entziehung der Sache der Beschädigung derselben gleichsteht — mit Recht angenommen, es liege eine wirkliche Sachbeschädigung vor). Seuff. Arch. XVIII. 246 geg. Ende.

[9]) Falls sie überhaupt einen Vermögenswerth hat. Ist sie jedoch werthlos, also ungeeignet, einen Theil des Vermögens zu bilden, so kann auch an ihr eine Beschädigung (im rechtlichen Sinne, bezw. eine Beschädigung mit rechtlichen Wirkungen) nicht stattfinden.

Digitized by Google

lehren und sagen zu wollen: Jede Vermögensbeschädigung ist zugleich eine Sachbeschädigung, (jede Vermögensbereicherung eine Wertherhöhung irgend einer im Vermögen befindlichen körperlichen Sache), würde doch ein eklatanter lapsus sein. Es giebt im Gegentheil sehr viele Vermögensbeschädigungen, welche nicht zugleich Sachbeschädigungen sind und für diese giebt es keine aquilische Klage.

II. Pernice a. a. O. S. 98 (S. 93 ff.) behauptet mit großem Unrecht, daß das Wort „damnum" gerade eine Vermögensbeschädigung — „das, was Einer aus seinem Vermögen hergiebt" — bedeute. Dies würde einerseits ein viel zu enger und andererseits ein viel zu weiter Begriff sein, je nachdem man das „damnum" im ganz allgemeinen oder im aquilischen Sinne auffaßt. Das Wort „damnum" an sich bezeichnet jegliche Beschädigung irgend eines Gegenstandes, sei dieser nun körperlich oder unkörperlich, reell oder ideell, von Vermögens- oder von bloßem Affektionswerth. So bedeutet z. E. auch „damnare" ex professo „beschädigen", beeinträchtigen, obgleich es uneigentlich auch von „verurtheilen" und „bestrafen" (capite damnare) gebraucht wird. Dagegen bei der aquilischen Theorie bezeichnet das Wort „damnum" nur die Beschädigung einer körperlichen Sache, also Sachbeschädigung.

Cfr L. 27 §. 5 D. h. t. (Ulpian): „CETERARUM RERUM ... SI QUIS ... DAMNUM FAXIT" ... [Dem eben Behaupteten steht die von Pernice a. a. O. S. 98 zitirte L. 27. § 17 D. h. t., richtig aufgefaßt, durchaus nicht entgegen, sondern sie bestärkt es.]

Daher gerade gebrauchen die Quellen das damnum injuria dare immer so technisch bei Sachbeschädigungen, wie sich ergiebt aus dem ganzen

Tit. Dig. ad leg. Aq. 9,2 Cfr. L. 1. § 3 D. si quadr.

Digitized by Google

paup. 9,1. L. 7 §. 6 D. de dolo 4, 3. (L. 2 pr. §. 9 et L. 4 D. vi bon. rapt. 47,8. Paul Sent. V. 3 § 1; auch bei dem damnum vi hominibus coactis und in turba datum handelt es sich natürlich um Sachbeschädigung).

Daher gerade, weil Umgestaltungen einer Sache, in denen keine Beschädigung der Sache selbst — wenn auch wohl eine Vermögensbeschädigung — liegt, nicht als damna injuria data gelten, wird z. B. wegen kulposer (und doloser) Spezifikation in römischen Gesetzen nie eine aquilische Klage ertheilt.

Vergl. Gaj. II. 79. §. 25. Inst. de rer. div. 2,1. L. 5 §. 1 D. de R. V. 6,1. L. 9 §. 3 L. 12 §. 3 D. ad exh. 10,4. L. 13. 14 §. 2. 3 D. de cond. furt. 13,1. L. 53 §. 5 D. de legat. I. (30). L. 7 § 7 D. de A. R. D. 41,1. L. 4 § 20 D. de usurp. 41,3. L. 52 § 14 D. de furt. 47,2[10]). — Nicht in Betracht kommen hier L. 27 §. 14. 15 L. 30 §. 2 D. h, t. 9,2 L. 14 §. 3 D. de praescr. verb. 19,5, welche — von corrumpere und consumere redend — mit Spezifikation nichts zu thun haben. —[10])

---

[10]) Einige Juristen der heutigen Zeit wollen freilich gegen den unredlichen Spezifikanten eine actio legis Aquiliae ertheilen.

Vgl. Fitting im Arch. f. zivil. Praxis Bd. 48 S. 346 Not. 133. S. 347 Not. 139. S. 352 f.

Sie stützen sich jedoch nicht auf nennenswerthe Gründe. — Die einzige in Betracht kommende Stelle, L. 23 § 5 D. de R. V. 6,1, welche eine in factum actio erwähnt, würde selbst, wenn hier eine „in factum actio" ad legem Aquiliam gemeint sein sollte, doch nichts beweisen, da sie ganz klar sagt: „in quibus neque ad exhibendum neque in re locum habet", während doch diese beiden Klagen bei unredlicher Spezifikation nach der herrschenden Ansicht stets stattfinden müssen. Zudem ist die „in factum actio" der L. 23 § 5 cit. (welche jedenfalls nicht von Spezifikation redet), vielleicht als eine ausgedehnte — prätorische — rei vin-

Digitized by Google

Nur in ganz besonderen Beziehungen, welche mit dem aquilischen damnum nichts zu schaffen haben — z. B. bei dem damnum emergens im Gegensatze zum lucrum cessans und allenfalls noch beim damnum infectum, insbesondere bei der damni infecti stipulatio (cautio) — ist unter dem „damnum" Vermögensbeschädigung zu verstehen. [11])

Was die Etymologie des Wortes anbelangt, so ist „damnum" (und „damnare") jedenfalls nicht, wie

Pernice a. a. O. S. 93 a. E.

behauptet, von dare, sondern von demere („davonwegnehmen") oder vielleicht auch von deminuere abzuleiten.

L. 3 D. de damn. inf. 39,2.

Der Versuch, das „demere" noch auf dare wieder zurückzuführen, würde durchaus erfolglos sein, da demere jedenfalls zusammengesetzt ist aus de und emere (deimere = demere). Höchstens wird „demere" mit „dare" insoweit zusammenhängen, als die Präposition de ihrem Stamme nach mit dare allenfalls verwandt ist, so daß zwischen demere und dare doch kein größerer Zusammenhang sein würde, als zwischen allen mit de zusammengesetzten Worten (z. E. depellere) und dare. Zu dem Worte demere ist noch zu vgl. L. 59 D. de R. V. 6,1. L. 13 Cod. de fund. patr. 11,61. Cfr. L. 14 Cod. eod. (admere). [12])

III. Wenn oben behauptet wurde, der Satz, daß die aquilische Klage nur bei Sachbeschädigungen stattfinde,

---

dicatio (nach Analogie der Publiciana?) aufzufassen. Vergl. die von Fitting a. a. O. S. 348 Not. 142 zit. Stellen.

[11]) Ueber eine besondere, bereits oben S. 226 angedeutete Bedeutung des damnum in L. 8 pr. D. de poen. 48, 19 (Vermögensstrafe) vgl. v. Wening-Ingenheim a. a. O. S. 27 oben.

[12]) Betreffs der obigen etymologischen Abschweifung noch Litteratur anzuführen, halte ich für überflüssig.

Digitized by Google

finde in sämmtlichen Fragmenten des Digestentitels ad legem Aquiliam und an manchen anderen Stellen (L. 4 cum L. 3 §. 1 D. de servo corr. 11,3) seine Bestätigung, so kann dem nicht etwa entgegengehalten werden, daß Justinian im §. ult. Inst. h. t. 4,3 sage: „Sed si . . . neque corpus laesum fuerit, . . . placuit . . . in factum actione teneri“ (cfr. L. 7 §. 7 D. de dolo 4,3). Denn I. wenn diese Stelle unserem Satze widerspräche, so würde — auf Grund der Thatsache, daß die in Betracht kommenden Pandektenstellen (Tit. Dig. 9,2), welche zwar auch eine feste Unterscheidung zwischen den utiles und in factum actiones ad exemplum legis Aquiliae nicht mehr kennen (vermuthlich durch Schuld der Kompilatoren), dem justinianeischen Ausspruche durchaus widersprechen — anzunehmen sein, daß die im Formularprozeß wurzelnden actiones directae, utiles und in factum in justinianeischer Zeit wohl schon derartig mit einander verschmolzen (ihren ursprünglichen Grenzen und Anwendungsgebieten nach so wenig mehr bekannt) waren, daß der allgemeine Ausspruch der Institutionen nicht mehr als maßgebend betrachtet werden kann. Aber II. Die Stelle widerspricht unserer Behauptung durchaus nicht, wie aus dem unmittelbar hinzugefügten Beispiel „veluti si quis misericordia ductus alienum servum compeditum solverit, ut fugeret“ hervorgeht. Hier ist zwar nicht eigentlich von einem corpus laesum, aber doch von einer der Vernichtung gleichstehenden (vergl. Not. 8) Entziehung der Sache die Rede. Man muß demnach, wie oben Not. 4 bereits bemerkt, nicht „neque corpus laesum“, sondern „neque corpus laesum“ lesen. Vgl. unten Note 28.

IV. Ferner könnte noch der Behauptung, daß das Erforderniß der Sachbeschädigung für aquilische Klagen überall von den Quellen bestätigt wird, die L. 33 D. de dolo malo 4,3 bei nur oberflächlicher Prüfung zu

Digitized by Google

widersprechen scheinen. In dieser Stelle nämlich ertheilt Ulpian dem durch ungerechten Prozeß Benachtheiligten (und zwar ist von bloßem lucrum cessans, also jedenfalls nur von Vermögensbeschädigung die Rede) eine actio „in factum". — Daß jedoch die hier gemeinte in factum actio keine aquilische, sondern lediglich eine actio in factum ad exemplum actionis doli (cfr. L. 11 i. f. L. 28 i. f. D. eod.) sein kann, geht hervor aus folgenden Erwägungen:

1. Die fragliche Stelle steht im Tit. Dig. de dolo malo. — Wenn Jemand, der durch bloßen ungerechten Prozeß (ohne daß Sachbeschädigungen vorliegen) in Schaden gebracht ist, die aquilische Klage — in factum — gegen den Damnifikanten anstellen könnte, so würden wir von einer solchen Rechtsregel jedenfalls in dem vorwiegend für sie in Betracht kommenden Digestentitel ad legem Aquiliam eine Erwähnung finden (und brauchten uns über sie gewiß nicht erst durch den Tit. Dig. de dolo malo belehren zu lassen). Wir finden jedoch im Tit. Dig. ad leg. Aq. 9,2 nichts dergleichen (sondern nur Beispiele von wirklichen Sach- bezw. Körperbeschädigungen).

2. Die L. 33 cit. D. 4,3 ist entnommen aus Ulpiani liber IV. Opinionum, einem Buche, welches vermuthlich die aquilische Klage nicht einmal erwähnt hat, da aus ihm in den Pandektentitel ad legem Aquil. nichts übergegangen ist [cfr. L. 1. 3. 5. 7. 9. 11. 13. 15. 17. 19. 21. 23. 25. 27. 29. 35 D. h. t. 9,2 (Ulp. libr. XVIII. ad. Ed.) L. 20. 44 D. eod. („Idem libr. XLII. ad. Sab."). L. 41 eod. (Ulp. libr. XLI. ad Sab.). L. 46 eod. (Ulp. l. L. adSab.) L. 49 eod. (Id. libr. IX. Disput.). L. 50 eod. (Id. libr. VI. Opinionum)] Ulpian hat im Gegentheil im 4. und 5. Buche seiner opiniones

Digitized by Google

vorwiegend die actiones doli und quod metus causa[13]) behandelt (arg. L. 33 et 38 D. de dolo 4,3. L. ult. D. quod metus 4,2) und scheint erst im sechsten Buche desselben Werkes auf die aquilische Klage übergegangen zu sein (L. 50 D. h. t. 9,2).

3. Wenn in L. 11 i. f. (Ulp. libr. XI. ad Ed.) und in L. 28 i. f. (Gaj. libr. IV. ad Ed. prov.) D. de dolo 4,3 keine actio in factum ad exemplum legis Aquiliae gemeint ist (und dies ist sicherlich nicht der Fall), so darf man annehmen, daß von ihr ebensowenig in L. 33 cit. eod. die Rede sei.

4. Schon nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen darf angenommen werden, daß die Klage aus ungerechter Prozeßführung (in Ermangelung anderer Rechtsmittel; vgl. z. E. L. 25 c. f. D. de dolo 4,3) nur die actio doli (und unter besonderen Voraussetzungen eine analoge actio in factum) sein kann, daß jedoch eine Sachbeschädigungsklage hier an sich ausgeschlossen ist.

Der Satz, daß die aquilische Klage nur bei Sachbeschädigung — damnum rei vel corpori datum — stattfinde, bildet die Grundlage und Quelle fast aller übrigen, weiterhin zu entwickelnden Erfordernisse des damnum injuria datum[14]).

---

[13]) Diese beiden Klagen erörtert Ulpian außerdem noch vorwiegend in seinem liber XI. ad Edictum (L. 1. 3. 5. 7. 9. 12. 14. 16 20. D. quod metus 4,2. L. 1. 3. 5. 7. 9. 11. 13. 15. 17. 21. 24. 30 D. de dolo 4,3), einem Buche, aus welchem in den Digestentitel ad legem Aquiliam nichts übergegangen ist. — Ueber eine Abschweifung Ulpian's in L. 7 § 7 D. de dolo 4,3 vgl. oben S. 228 f. (in L. 7 § 7 cit. ist allerdings unter der „in factum" actio—arg. § ult. Inst. cit. 4,3 — eine aquilische Klage zu verstehen).

[14]) Die Erfordernisse des damnum injuria datum kohäriren begrifflich derartig miteinander und bilden zusammen ein so einheitliches Gebäude, daß das eine ohne das andere sich nie genügend erklären und nachweisen läßt. Nur durch das Aneinanderketten sämmtlicher

Digitized by Google

2. Schuldvolle Thätigkeit.

§. 4.

a. Subjektives Moment (culpa, injuria).

Die Römer drücken das Erforderniß und den Begriff der „schuldvollen Thätigkeit" ganz kurz aus durch die Worte „culpa"[15]) und — was hier gleichbedeutend ist — „injuria".[16]) Die quellenmäßige culpa in dem hier gemeinten — engeren —[17]) bei der Sachbeschädigung üblichen Sinne,

---

Erforderniſſe des damnum injuria datum läßt ſich die erforderliche Glaubhaftigkeit und innere Begründung jedes einzelnen Erforderniſſes deſſelben erreichen. Es giebt daher kaum einen zweiten Rechtsbegriff, welcher ſo ſehr eine einheitliche Behandlung beanſpruchte, als gerade der des damnum injuria datum.

15) In der „culpa" waltet das ſubjektive Moment der Verſchuldung vor, ſie enthält jedoch gerade bei der aquiliſchen Theorie zugleich in ſich auch das Erforderniß der (objektiven) Widerrechtlichkeit. — Culpa levissima — casu proxima — genügt nach L. 44 pr. D. h. t. 9,2; § 3 Inst. h. t. 4,3 (dieſe Stellen können beſonders für die Beweisfrage praktiſchen Werth gewinnen).

16) In dem Ausdruck „injuria" herrſcht umgekehrt (vgl. die vorige Note) das objektive Moment des an ſich Widerrechtlichen und Unberechtigten vor, ohne daß jedoch deshalb der Begriff des ſubjektiv Schuldhaften wegfiele. — Die lex Aquilia ſelbſt ſcheint für das einheitliche aquiliſche Schuldmoment nur die Benennung „injuria" genannt zu haben. Cfr. Gaj. III. 211. Pr. Inst. de injur. 4,4 („alias culpa"). L. 5 § 1 D. h. t. 9,2 („id est, si culpa quis occiderit"). Collat. VII. 3 § 4 cfr. § 1. (§§ 2. 3 Inst. h. t. 4,3). Vgl. Pernice, Labeo II. S. 251. (VII. 17).

17) Note 14. Sie iſt ſtets da gemeint, wo von einem damnum culpa datum ſchlechthin die Rede iſt; ihr entſpricht einigermaßen das noch h. z. T. im gewöhnlichen Sprachgebrauch häufig unter „Schuld" (wer hat die Schuld?) Verſtandene. Wo ſie vorliegt, kann die Handlung nicht anders als an ſich widerrechtlich ſein und umgekehrt. Vgl. L. 31 i. f. D. h. t. 9,2: „nam culpa ab eo exigenda non est, quum divinare non potuerit" rel., d. h. da er ſowohl objektiv richtig handelte als auch keine Unbedachtſamkeit beging. Die aquiliſche culpa oder „injuria" (dieſen „ſchillernden Ausdruck" — Pernice, Labeo 1878 Bd. II. S. 251 Nr. 17 — hat

Digitized by Google

also die aquilische Schuld, enthält untrennbar in sich Beides, sowohl das objektive Moment der Nichtberechtigung zu der beschädigenden Handlung — des an sich Widerrechtlichen — als das subjektive Moment der Verschuldung. Dieser culpa im engeren (Note 16), technisch-aquilischen Sinne steht völlig gleich die „injuria" (Note 15), in welcher ebenfalls das subjektive Moment — hier culpa im weiteren Sinne — mit dem objektiven vollständig verschmilzt. Als Beleg mögen hier folgende allgemein redende Stellen dienen:

Gaj. III. 211: „Injuria autem occidere intellegitur, cujus . . . culpa id acciderit."

Princ. Inst. de injur. 4, 4: „injuria dicitur . . . alias culpa, quam Graeci ἀδίκημα dicunt, sicut in lege Aquilia damnum injuriae accipitur."

Cfr. Theoph. ad hunc locum paraphr.: λέγεται δε καὶ culpa, ὅπερ οἱ Ἕλληνες ἀδίκημα καλοῦσιν." — Das ἀδίκημα korrespondirt mit dem quod non jure fit (factum est) der L. 5 § 1 D. h. t. 9, 2. L. 1 pr. D. de injur. 47, 10, sowie mit dem „quod cum damno injuriam attulerit," der L. 49 § 1 D. h. t. 9, 2, und ist identisch mit der aquilischen „injuria."

L. 5 § 1 D. h. t. 9, 2 (Ulpian): „Injuriam . . . hic accipere nos oportet, quod non jure factum est, hoc est, contra jus, id est, si culpa quis occiderit. . . . Igitur injuriam hic damnum accipiemus culpa datum" rel. (hier wird sogar der Erfolg — „damnum" — mit in den Begriff der „inju-

---

die lex wohl nicht ohne Absicht gewählt) umfaßt jeden Grad der Verschuldung — vom dolus, also von der unter allen Umständen (absolut) widerrechtlichen Willensstimmung an bis zur culpa levissima — und unterscheidet sich scharf z. B. von der Kontraktskulpa (omissio diligentiae ex contractu praestandae). Viele berücksichtigen letzteres nicht genug.

Digitized by Google

ria“ aufgenommen, also injuria und damnum injuria datum verwechselt bezw. identifizirt).

Fast gleichlautend: Collatio VII. 3 § 4.

L. 1 pr. D. de injur. 47, 10 (Ulpian): „Injuria ex eo dicta est, quod non jure fit . . . Interdum injuriae appellatione damnum culpa datum significatur.“

Auch die Begriffsbestimmung der culpa in L. 31 D. h. t. 9, 2 (Paulus) deutet sowohl auf die objektive Rechtswidrigkeit der Handlung — und sogar auf den rechtswidrigen Erfolg selbst — als auf die subjektive Imputabilität: „culpam autem esse, quod, cum a diligente provideri potuerit, non esset provisum.“

Hierher gehört auch das von Paulus in L. 6 D. h, t. 9, 2 Gesagte: „praeceptoris enim nimia saevitia culpae assignetur.“ Die nimia saevitia des Lehrers ist an sich (objektiv) unberechtigt, zugleich aber und eben deshalb auch subjektiv imputabel, und in beiden — unlösbar zusammengehörigen — Beziehungen Schuld, culpa. Vergl. L. 8 pr. D. eod.

Sehr verwerthbar für den Begriff der aquilischen Schuld ist auch die Definition von Pomponius in L. 36 D. de R. I. 50, 17 (cfr. c. 19 de. R. I. in VI^{to} 5, 12): „Culpa est immiscere se rei ad se non pertinenti.“ Vermuthlich denkt Pomponius hier vorwiegend an die aquilische Schuld (cfr. L. 43 D. h. t. 9, 2: „Pomponius . . . ad Sabinum“). Das „immiscere se“ ꝛc. ist an sich bloß (objektiv) widerrechtlich, damit jedoch und gerade aus diesem Grunde in den Augen eines römischen Juristen zugleich auch (subjektiv) schuldhaft, also culpa.

Das subjektive Moment der culpa (injuria) steht und fällt mit dem objektiven Moment derselben (und umgekehrt das objektive mit dem subjektiven) und wenn ein Erforderniß

Digitized by Google

wegfällt, so fällt sofort auch das andere und damit die ganze culpa, die ganze injuria, das einheitliche Schuldmoment der aquilischen Theorie, weg. Ganz klar geht dies hervor aus den nachstehenden, das Selbstvertheidigungsrecht — Nothwehr, Nothstand — erörternden Stellen:

L. 5 pr. D. p. t. 9, 2 (Ulpian): „ . . . non videbitur injuria occidisse", mit dem objektiven fällt auch das subjektive Moment hinweg; dagegen beim Exzeß der Nothwehr; magis est, ut injuria fuisse videatur." Dieselbe Stelle von Ulpian wird ähnlich referirt in der Collatio VII. 3 § 2—3. L. 49 § 1 D. cod. 9, 2 (derselbe): „ . . . videatur damnum injuria datum, quod cum damno iujuriam attulerit, nisi magna vi cogente fuerit factum ut Celsus" rel. (hier folgt ein Nothstandbeispiel): „cessare legis Aquiliae rationem, justo enim metu ductus . . . vicinas aedes intercidit . . ." Hier ist das intercidere vicinas aedes nicht (subjektiv) schuldvoll, und deßhalb auch nicht (objektiv) widerrechtlich.

Vgl. Seuff. Arch. XXIII. 30. L. 3 § 7 D. de inc. ruina rel. 46, 9 (derselbe): „ . . . nec enim injuria hoc fecit, qui se tueri voluit, quum alias non possit."

[Cfr. L. 7 § 4 D. quod vi aut clam 43, 24 (derselbe): „ . . . exceptio . . ‚si incendii arcendi causa vicini aedes intercidi,' . . esse, si damni injuria actum foret, quoniam nullam injuriam aut damnum dare videtur aeque perituris aedibus."]

§ 2 Inst. h. t. 4, 3: „Injuria autem occidere intelligitur, qui nullo juro occidit . . ." (Dann folgt das Selbstvertheidigungsbeispiel.)

Auch die Collatio VII. 3 § 1 giebt uns Recht nach Huschke's Konjektur: „si quis servum latronem

Digitized by Google

occiderit, lege Aquilia non tenetur, quia (injuria) non occidit."

Daſſelbe geht hervor aus Stellen, welche nicht gerade das Selbſtvertheidigungsrecht erörtern, welche aber doch — in Anwendung des z. B. in L. 151 D. de R. I. 50, 17 negativ ausgeſprochenen Rechtsgrundſatzes — ſagen, daß derjenige, welcher etwas thue, was objektiv berechtigt ſei, der (aquiliſchen) culpa entbehre (culpa caret, culpae rens non est), es ſei denn, daß der — zur Haftung ſtets verpflichtende — dolus oder animus nocendi vorliege. Ich will hier ſtatt vieler (vergl. v. Löhr, Theorie der Kulpa 1806 S. 1—8 u. Beiträge hierzu 1808 S. 1 Note 1) nur Ein Beiſpiel anführen.

L. 1 § 12 D. de aqua et aqu. pluv. arc. 39, 3 (Ulpian): „ . . . cum eo, qui in suo fodiens vicini fontem avertit, nihil posse agi, nec de dolo actionem; . . si non animo vicino nocendi . . . id fecit." — Das Graben auf eigenem Grundſtücke iſt an ſich nicht widerrechtlich, folglich auch nicht ſchuldvoll; es iſt jedoch ſofort widerrechtlich, ſobald es ſchuldvoll iſt (animo nocendi geſchieht.) Qui suo jure utitur, neminem laedit. Vgl. jedoch noch L. 28. 30 § 3 D. h. t. 9, 2, Cfr. L. 27 § 25 D. eod.: „ . . cessat Aquilia, nulla enim injuria est."

Die aquiliſche Schuld umfaßt und erfordert alſo mehr als die gewöhnliche culpa: ſie umfaßt (und erfordert) noch das — objektive — Moment des an ſich Widerrechtlichen (neben der culpa ſchlechthin. Die culpa im gewöhnlichen oder weiteren Sinne iſt etwas rein Subjektives, die aquiliſche culpa oder culpa im engeren Sinne enthält daneben noch das eben erwähnte objektive Moment. Erſtere (culpa i. w. S.) geht vollſtändig in der letzteren — culpa i. e. S. — auf, nicht aber umgekehrt,

Digitized by Google

letztere auch in der ersteren. Erstere (culpa i. w. S.) ist sogar stets in der letzteren (culpa i. e. S. enthalten, aber nicht allein in ihr, sondern sie findet sich außerdem noch in anderen Verschuldungsarten (z. B. in der omissio diligentiae ex obligatione praestandae): sie erstreckt sich also über mehr Rechtsgebiete und demnach weiter, als die aquilische Schuld; sie mußte somit als culpa im weiteren Sinne gegenüber der aquilischen culpa (culpa im engeren Sinne) bezeichnet werden. Sie (die culpa i. weiteren oder gewöhnlichen Sinne, das rein subjektive Verschulden) wird negativ definirt von Gajus in

> L. 25 § 7 D. loc cond. 19, 2: „Culpa autem abest, si omnia facta sunt, quae diligentissimus quisque observaturus fuisset."

Sie kann, wenn neben ihr die übrigen in dieser Abhandlung aufgezählten und entwickelten Erfordernisse des damnum injuria datum (also Sachbeschädigung, durch positives Thun ꝛc. ꝛc.) vorliegen, allerdings auch die aquilische Klage begründen. Denn wenn diese Erfordernisse vorhanden sind und außerdem noch das subjektive Moment der Verschuldung vorliegt, so liegt eo ipso nach dem S. 232 ff. Entwickelten auch das Moment der objektiven Widerrechtlichkeit der Handlung vor (eine nicht objektiv widerrechtliche Sachbeschädigung durch positives Thun mit körperlicher Einwirkung auf die fremde Sache und mit subjektiver Verschuldung läßt sich gar nicht denken. Weitere Unterschiede zwischen der gewöhnlichen culpa (man hat diese auch wohl negative Schuld — culpa in non faciendo — genannt) und der aquilischen (positiven — culpa in faciendo —) Schuld werden in den §§ 7 und 8 entwickelt werden.

Da die Römer, wie S. 232 ff. nachgewiesen ist, bei Sachbeschädigungen das objektive (Widerrechtlichkeit)

Digitized by Google

und subjektive Moment (Verschuldung) nicht trennten, sondern beides zusammenfaßten in der aquilischen Schuld und das eine ohne das andere — sowie das ganze ohne die fest kohärirenden Theile — nicht existiren ließen, so haben auch wir in der S. 222 gegebenen Definition nicht etwa mit

Windscheid, Pand. § 455 ad 3 und Not. 11, 12 und (gegen Hasse, Culpa 1838 S. 38 ff. 8 ff.[18])

Pernice, Sachbeschädigungen 1867 S. 29 ff. 46 ff. u. vgl. S. 53 ff. (Vgl. Unterholzner, Schuldverhältnisse Bd. II. 1840 S. 697 und Förster, Theorie und Prax. des heut. gem. preuß. Privatr. Bd. I. § 90 S. 550 ad d.)

den einfachen Begriff der aquilischen Schuld aufgelöst in die (Unter-)Begriffe des objektiv Unberechtigten (Widerrechtlichen)[19]) und subjektiv Schuldhaften, — was Windscheid noch unter „widerrechtlich" wieder zusammenfaßt —, sondern statt dessen einfach gesagt: „durch schuldvolle Thätigkeit." In diesen letzteren Worten[20]) zusammengehalten mit dem übrigen Theile

[18]) Hasse a. a. O. ist im Ganzen der hier vertretenen Ansicht, indem er im § 7 sagt, die Handlung müsse an sich widerrechtlich sein, und im § 10 hinzufügt: in den Ausdrücken injuria und culpa, welche beide dasselbe bedeuten, sei die „volle Widerrechtlichkeit an sich" mit enthalten. Vgl. besonders S. 580 f. das. (Inhaltsangabe ad § 7 und § 10), wo die Hasse'sche Ansicht am präzisesten formulirt ist. Gegen Hasse ist u. E. ohne Erfolg aufgetreten Pernice a. a. O.

[19]) Wenn Göschen, Vorl. Bd. II. 2 S. 559 verlangt, Handlungen mit aquilischer Rechtsfolge müßten „an und für sich als widerrechtlich" erscheinen, so drückt er sich nicht sehr glücklich aus. Vgl. weiterhin Note 20. Das Erforderniß der objektiven Widerrechtlichkeit, welches allerdings in dem untheilbaren Begriffe der aquilischen Schuld u. A. mit enthalten ist, sowie auch implicite in der S. 15 gegebenen Begriffsbestimmung ausgedrückt liegt), wird besser nicht ausdrücklich hervorgehoben.

[20]) Vgl. Schömann, Handb. d. Civilrechts, 1806, Bd. I. S. 205: „culpa bezeichnet jede Illegalität". v. Löhr, Beitr. zu der

Digitized by Google

der oben S. 222 gegebenen Begriffsstimmung, liegt Alles ausgedrückt, da eine Handlung der dort definirten Art nicht anders als an und für sich widerrechtlich sein kann. (Dies in der Definition selbst noch ausdrücklich hervorzuheben, würde eine unzulässige Häufung sein; vgl. Note 18.) — Auch in der heutigen Praxis wird man in den meisten Fällen rascher und einfacher zum Ziele gelangen, wenn man die aquilische Schuld nicht in zwei Bestandtheile auflöst, sondern als einheitlichen Rechtsbegriff behandelt. Nehmen wir z. B. das quellenmäßige Beispiel, daß ein „medicus servum imperite (male) secuerit" (§ 7 Inst. h. t. 4, 3. L 73 § ult. D. eod. 9, 2; cfr. L. 8 pr. D. eod.) oder daß er servum secuerit et dereliquerit curationem (§ 6 Inst. eod. 4, 3. Collat. XII. 7 § 7. L. 8 pr. D. cit. 9, 2). Wenn man hier (als Richter) auf Grund von Windscheid a. a. O. erstens frägt: „War die Handlung des Arztes — das imperite secare bezw. das (bene) secare et derelinquere curationem — eine (objektiv) unberechtigte?", so läßt sich diese Frage an sich gar nicht beantworten (nämlich wenn nicht zugleich die von jener unlösbaren Frage: „trifft den Arzt hierbei — subjektiv — eine Verschuldung?" mit herangezogen wird). Das bloße male secare z. B. ist, wenn den Arzt keinerlei Verschuldung trifft, durchaus nicht als unberechtigt aufzufassen. Der Arzt ist bei Behandlung eines Patienten zu Allem berechtigt, außer zur Außerachtlassung seiner Pflicht; und die Frage, ob irgend eine von ihm vorgenomme Handlung unberechtigt war, läßt sich überall nur beantworten mit Rücksicht darauf, ob er seine Pflicht erfüllt hat.

Die hier fragl. Handlungen des medicus sind dann objektiv unberechtigt und widerrechtlich, wenn mit Rücksicht

---

Theorie der Culpa S. 1: „Das Wort culpa bezeichnet jede ... Illegalität und umgekehrt ist jede widerrechtliche Handlung in diesem Sinne culpos".

Digitized by Google

auf sie ein subjektives Verschulden des medicus vorliegt. Wenn wir dagegen nach Windscheid zweitens fragen: „Trifft den medicus hier eine subjektive Verschuldung?", so werden wir auch mit dieser Frage nicht weit kommen, da sie erst im Beweisverfahren beantwortet werden kann, während sie für den Richter des ersten Verfahrens so zu fassen ist: „hat der Kläger (der dominus servi, quem medicus, qui convenitur, male secuerit bezw. secuerit et cujus curationem dereliquerit) behauptet, daß dem Beklagten (dem medicus) eine Verschuldung zur Last falle?" (Diese Fassung ist im ersten Verfahren genügend, da es hier sich nur um die Frage handelt, ob die Klage substanziirt — fundirt — und wie die Beweislast zu vertheilen sei.) — Viel einfacher erledigt sich die Sache, wenn wir, ohne Windscheid[21]) und Pernice weiter zu berücksichtigen[22]), die Frage so stellen: „Liegt hier (nämlich immer mit Rücksicht auf das Beispiel: si medicus servum male secuerit vel secuerit cum malo eventu) eine aquilische Schuld vor? Der Begriff der aquilischen Schuld — als ein einheitlicher, untheilbarer Rechtsbegriff

[21]) Gegen Windscheid a. a. O. ist noch zu bemerken, daß die von ihm § 455 Not. 11 angef. Stellen wenigstens das Hervorheben der objektiven Widerrechtlichkeit nicht rechtfertigen, da in ihnen unter dem „lege Aquilia non tenetur" und ähnlichen Ausdrücken stets zu verstehen ist: culpa caret (d. h.: der einheitliche Begriff der aquilischen Schuld ist nicht vorhanden). Ebenso überflüssigerweise hebt Hasse a. a. O. S. 23 ff. das Erforderniß der an und für sich widerrechtlichen Handlung hervor (besonders da er nicht sagt, welche Handlung an und für sich widerrechtlich sei). Die von ihm angezogene L. 49 § 1 D. h. t. sagt weiter nichts, als: zu der Beschädigung müsse noch injuria, d. h. culpa im technisch-aquilischen Sinne, hinzukommen.

[22]) Sicherlich würde bei Abfassung eines Beweisurtheils (falls wir ein solches noch hätten) kein Richter die Frage bezüglich der aquilischen Schuld derartig trennen, daß er 1) die objektive Nichtberechtigung zur Handlung und 2) die subjektive Verschuldung — beides getrennt — zum Beweise verstellte.

Digitized by Google

— verlangt außer den (oben schon als von einander untrennbar bezeichneten) beiden Momenten der objektiven Widerrechtlichkeit und der subjektiven Verschuldung noch manches Andere, was erst in den weiteren Paragraphen dieser Abhandlung dargestellt werden kann. Also je nachdem, ob alle Erfordernisse des damnum injuria datum vorliegen oder ob eines derselben nicht vorliegt, wird die Frage bejaht oder verneint werden müssen.

Dabei ist vorzüglich zu berücksichtigen, daß in der Uebernahme eines Geschäfts, dem man nicht gewachsen ist — überall liegt hier zu Grunde das „immiscere se rei ad se non pertinenti" („Culpa est" ꝛc.) der L. 36 D. de R. I. 50, 17 —, insbesondere aber wenn man als Sachverständiger eine Ausrichtung übernommen hat, für welche das Maß der erworbenen Geschicklichkeit nicht als ausreichend betrachtet werden durfte (hierin liegt nämlich eine subjektive Verschuldung), dann eine objektive Widerrechtlichkeit liegt, wenn eine Sach- (Körper-) Beschädigung die Folge ist (d. h. wenn eine aquilisch zurechenbare Sachbeschädigung die Folge ist). Vgl. weiterhin §§ 7 und 8. So z. B. ist das Einschlafen des Sklaven beim Feuer (L. 27 § 9 D. h. t. 9, 2) nicht immer an sich widerrechtlich, wohl aber dann, wenn eine subjektive Verschuldung (hierzu genügt schon die leichtsinnige Uebernahme der custodia) vorliegt und eine Sachbeschädigung die (zurechenbare) Folge ist. Im weiteren werden diese Sätze noch mehr erläutert werden, insbesondere bei der Erörterung des Kausalnexus (§ 8.)

§ 5.

b. Objektives Moment. (Positive Thätigkeit.)

Während im vorhergehenden Paragraphen der Begriff der „schuldvollen Thätigkeit" erläutert und demnach das Wesen der aquilischen Schuld, der culpa s. injuria im

Digitized by Google

aquilisch-subjektiven Sinne, dargestellt wurde, soll in diesem Paragraphen der Ton auf „schuldvolle Thätigkeit" gelegt und demnach der Begriff dieser „Thätigkeit" — also der objektiven Seite der aquilischen „culpa" und „injuria" [23]) — erörtert werden.

Auf Grund von L. 8 pr. cit. 9, 2 Collat. XII. 7 § 7. § 6 Inst. h. t. 4, 3. L. 27 § 9 D. h. t. 9, 2 haben Viele den Satz aufgestellt, auch Unterlassungen seien genügend zur Begründung der aquilischen Klage. So z. E.

Pernice, Sachbeschädigungen S. 164 ff.

Vgl. Zirkler in Weiske's Rechtslex. Bd. III S. 97 ff.

Einen besonderen Aufsatz hierüber liefert

Busch, im Arch. f. civilist. Praxis Bd. 45 S. 139 ff. (vergl. denselben, Stimme der Praxis 1862 S. 204 ff. [24]),

welcher nachzuweisen sucht, daß „jeder Schaden in den Bereich der L. A." falle, „der durch culpa," möge „diese in einem positiven Handeln, oder in einem Unterlassen sich äußern, hervorgerufen worden" sei. Diese Behauptung — auf Grund deren u. A. die neben der Sachbeschä-

[22]) In der aquilischen „culpa" und „injuria" der Römer liegt, wie oben im Eingange des § 4 (S. 232) schon angedeutet ist, Beides, sowohl der Begriff „schuldvolle Thätigkeit", als (zugleich) „schuldvolle Thätigkeit." Statt vieler hier anzuführender Stellen möge nur L. 36 D. cit. 50,17 (vorläufig) als Beleg dienen.

[23]) Im Ganzen auf dem richtigen Standpunkte stehen Hasse Culpa S. 21 ff. und v. Wening-Ingenheim, Schadensersatz §§ 55. 59. 60. Letzterer formulirt jedoch S. 123 unten bis S. 124 nicht präzis genug (er hätte sagen müssen: Für Unterlassungen hafte an sich Niemand, jeder aber für positive Handlungen, auch wenn diese erst in Verbindung mit einer Unterlassung einen Schaden erzeugt haben). Die Ansichten von Pernice und Busch a. a. O. widerstreiten direkt der allgemein acceptirten Rechtsregel, daß für culpa in non faciendo („qui non facit, quod facere debet", L. 121 D. de R. J. 50,17) nur in Obligationsverhältnissen gehaftet werde. Cfr. L. 23 D. de R. J. 50,17.

Digitized by Google

digungsklage stattfindende Klagenkonkurrenz in's Immense anwachsen würde, da „jeder Schaden" „durch culpa" nicht allein durch die aquilische Klage, sondern auch durch alle möglichen Kontraktsklagen, durch die Geschäftsführungsklage u. s. w. vindizirt werden kann — sucht Busch a. a. O. zu begründen wie folgt: Die derelictio curationis, die omissio custodiae, des Verhungernlassen (L. 8 pr. 27 § 9 L. 9 § 2 L. 29 § 7 D. h. t. 9, 2. L. 5 Cod. h. t. 3, 35) seien aufzufassen als Unterlassungen und begründen nur in dieser ihrer Eigenschaft (als Unterlassungen) die actio damni injuria dati. Es komme überall nur auf die culpa an (L. 7 § 2 D. h. t. Cfr. L. 27 § 29 L. 30 § 3 D. eod.) und es seien bei der Beschädigungstheorie zu unterscheiden kulpose Kommissiv- und Omissivhandlungen. — Hiergegen ist Folgendes einzuwenden[23]):

I. Das fame necare der L. 9 § 2 L. 29 § 7 D. h. t. 9, 2. L. 5 Cod. eod. 3, 35 kann ohne arge Gezwungenheit nicht wohl als Unterlassung, sondern muß nach einfachsten Vernunftsgrundsätzen stets als eine positive Handlung aufgefaßt werden[25]).

II. Die in L. 8 pr. D. cit. 9, 2 erwähnte derelictio curationis kommt, wie weiterhin näher nachgewiesen wird, für die aquilische Klage nicht als Unterlassung in Betracht, sondern bildet zusammen mit dem vorhergehenden secare eine einzige, positive — und als solche die Sachbeschädigungsklage begründende — Handlung.

---

[25]) Ist z. E. nicht das prohibere „te iis cibaria afferre" im Zweifel als positive Handlung zu betrachten? Uebrigens vgl. auch das S. 247 ad Zffr. V. 2. 3 Gesagte (bei dolosem Verhungernlassen ist es gleichgültig, ob man das Verhungernlassen als Handlung oder als Unterlassung auffaßt).

Digitized by Google

III. Dasselbe läßt sich behaupten für den in L. 27 § 9 D. h. t. 9, 2 (cfr. Collatio XII. 7 § 7) von Ulpian erörterten Fall. Man muß hier das Anzünden des Feuers im Ofen bezw. die Uebernahme der custodia des bereits angezündeten Feuers einerseits und das Einschlafen des Sklaven andererseits nicht etwa als zwei getrennte Handlungen — deren erste ein erlaubtes positives Thun, deren letzte eine unerlaubte Unterlassung sei — auffassen und die letztere allein als die Ursache des damnum injuria datum (also als eine zum Schadenersatz verpflichtende omissio) betrachten, wie es Busch und Pernice zu thun scheinen. Sondern die beiden Akte — beide an und für sich erlaubt, beide (auch das Einschlafen beim Feuer) für sich zur Begründung einer Sachbeschädigungsklage demnach nicht geeignet — sind als eine einzige, untrennbare, Handlung aufzufassen (soweit es das damnum injuria datum angeht) und diese letztere ist sowohl für eine positive Handlung als auch — wie wir weiterhin sehen werden — für ein Medium der körperlichen Einwirkung auf das Objekt der Sachbeschädigung (nämlich auf das niedergebrannte Haus) zu halten. — Vgl. Nota 28. — Hiernach liegt im Falle der L. 27 § 9 cit. das objektive Moment der Sachbeschädigung vor; tritt zu diesem noch das subjektive Moment — die culpa in diesem Sinne — hinzu (entweder bei dem

---

26) L. 27 § 9 cit.: „si" (dominus) „negligens in eligendis ministeriis fuit." Ulpian erwähnt freilich ausdrücklich hierbei nur die actio locati; aus dem weiteren Verlaufe der Stelle geht jedoch hervor, daß hier auch eine Klage „ad exemplum legis Aquiliae" (Collat. l. c.) stattfinde wobei noch zu vergleichen sind

L. 27 § 11 L. 37 pr., L. 44 § 1, L. 45 pr. D. h. t. 9,2.

L. 2—5 L. 9, D. de nox. act. 9,4.

L. 107 D. de R. J. 50,17. (Cfr. L. 41 D. de pec. 15,1.)

Vgl. Seuff. Arch. XXX. 118. 144. 145. und XIV. 35. — XXXIII. 194.

Digitized by Google

— freien — Thäter selbst oder bei dem Herrn des nachlässigen Sklaven[26]), so findet gegen den — freien — Thäter bezw. gegen den schuldvoll handelnden dominus, welcher den Sklaven ad custodiendum ignem vermiethet hatte[26]), die erweiterte actio legis Aquiliae statt. — Einen dem in L. 27 § 9 cit. erörterten[27]) nicht ganz unähnlichen Fall behandelt Paulus in L. 28 D. h t. 9, 2. Wer Gruben macht, in welche Jemand fallen kann, und dabei die Aufstellung von Warnungszeichen unterläßt, beschädigt positiv. Hierher gehört auch L. 30 § 3 i. f. D. eod. (Paulus). Wer Feuer angezündet hat und „non observavit, ne ignis longius procederet," begeht durch diese einheitliche (positive) Handlung ein damnum injuria datum. Nach denselben Grundsätzen ist zu interpretiren L. 29 § 2 D. eod. (Ulpian), soweit in dieser Stelle scheinbar von einer Unterlassung die Rede ist.

IV. Zudem kommt es überall nicht bloß, wie Busch a. a. O. meint, auf die culpa an (die von jenem Gelehrten hierfür angeführten — nicht von Unterlassungen redenden — L. 7 § 2 L. 27 § 29 L. 30 § 3 D. h. t. 9, 2 beweisen

[27]) Aehnlich ist der in Seuff. Arch. Bd. XXXII. (N. F. Bd. II.) No. 238 entschiedene Fall, welcher irrigerweise — vermuthlich vom Redakteur — das Rubrum: „Aquilische Klage wegen schuldvoller Unterlassung" erhalten hat. Hier lag keine Unterlassung, sondern eine einheitliche positive Handlung vor. Der Beklagte machte mit Knecht und Gefährt „eine Geschäftsreise" und bei allem, was hierbei sich zutrug, figurirten Knecht und Gefährt als Werkzeuge des Beklagten (vgl. unter § 7), welcher jenen gegenüber völlig die Stelle seines Vaters vertrat. Wenn nun der Beklagte seinen Knecht bezw. den Knecht seines Vaters (was hier dasselbe ist) allzu rasch bergab fahren ließ, so daß dadurch Jemand überfahren wurde, so liegen hier alle Erfordernisse des damnum injuria datum (positive Handlung, mittelbare körperliche Einwirkung, damnum corpori datum, sowie die erforderliche culpa) vor. — Ein ähnlicher Fall findet sich in Seuff. Arch. XXXII. No. 44 (Durchgehen des beklagtischen Pferdes, jedoch paralysirt durch klägerische culpa).

Digitized by Google

nichts, da sie — ebensowenig, wie L. 27 § 9 cit. — durchaus nicht allein auf die culpa das Gewicht legen), sondern vorwiegend auch auf das objektive Moment, auf die Beschädigung durch irgend welche körperliche Einwirkung. Und wir glauben behaupten zu dürfen, daß eine körperliche Einwirkung auf das Objekt, sowie eine durch sie veranlaßte Sachbeschädigung, nicht wohl möglich ist ohne positives Thun. Z. E. die bloße patientia oder dergl. an sich genügt nie zur Sachbeschädigung, ausgenommen den Fall, daß der eigentliche Thäter zu dem „qui patitur" in einem derartigen Subjektionsverhältniß steht, daß seine Handlung als vom dominus sciens ausgegangen betrachtet werden (kann und) muß.

L. 44 § 1 L. 45 pr. D. h. t. 9, 2: „Quotiens sciente domino servus vulnerat, . . . scientiam hic pro patientia accipimus, ut qui prohibere potuit, teneatur, si non fecerit." Das non prohibere gilt hier mit Recht als positive Handlung. Vgl. die in Not. 25 noch angef. Stellen und insbes. L. 37 pr. D. h. t. 9. 2: „si modo jus imperandi habuit."

In solchen Fällen benutzt der dominus den servus als bloßes Werkzeug und handelt demnach positiv.

L. 2 pr. D. de nox. act. 9, 4: „si servus sciente domino occidit, . . . ipse . . . videtur dominus occidisse."

V. Daß Unterlassungen an sich die aquilische Klage nicht begründen, sagt ganz klar Ulpian in L. 13 § 2 circ. fin. D. d. usufr. 7, 1:

„. . . qui agrum non proscindit, qui vites non subserit, item aquarum ductus corrumpi patitur, lege Aquilia non tenetur."

Busch a. a. O. versucht ganz vergeblich diese Stelle ihrer Beweiskraft zu berauben. Auch wird es nicht gelingen,

Digitized by Google

der L. 13 § 2 circ. fin. cit. gegnerischerseits eine gleich entschieden sprechende Stelle gegenüber zu stellen. Pernice, Labeo 1878 Bd. II. S. 56 (III. 31) schreibt die L. 13 § 2 cit. irrthümlich Julian zu und behauptet, ebenso mit Unrecht, die aquilische Schuld habe „noch in Julian's (bezw. Ulpian's) Zeit eine positive Handlung" erfordert. Dies Erforderniß ist nie weggefallen[28]). (Vgl. nach Pernice a. a. O. S. 252—253.) Ueberhaupt darf man folgende Thesen aufstellen:

1. Kulpose Omissivdelikte giebt es nicht (wenn man auch hier und da so weit geht, gerade die Kulpa- mit den Omissivdelikten völlig zu identifiziren; vgl. Not. 28).
2. Es giebt allerdings dolose Omissivdelikte (z. E. wenn Jemand einen Anderen dadurch zu Schaden kommen läßt, daß er ihn dolos in einem Irrthum beläßt), aber:
3. hier liegt das Verpflichtungsmoment nicht in der omissio, sondern in dem dolus, welcher bekanntlich stets haftbar macht.

VI. Die schließlich noch von Busch S. 146 ff. aus der Praxis angeführten Entscheidungen sind zum Theil

[28]) Interessant ist eine, zwar vom kriminalistischen Standpunkte ausgehende, aber doch unsere Frage ziemlich nahe berührende Erörterung von v. Bar, Causalzusammenhang 1871 S. 91 ff., welcher S. 97 bemerkt: „Der Mensch, indem er scheinbar unthätig ist, thut doch immer Etwas, und selbst durch Schlafen . . . kann Jemand sich verantwortlich machen." Es giebt auch Ansichten des Inhalts, daß es eines der Kriterien des Culpa-Delikts sei, daß dieses in einer Unterlassung bestehe. Vgl. v. Bar a. a. O. S. 99 a. E.: „Fast alle kulposen Handlungen werden . . . auf Unterlassung von Vorsichtsmaßregeln sich zurückführen lassen." Dieser übrigens sehr richtige Satz ist ungefähr so viel werth, als folgender: Fast jede dolose Handlung wird sich auf Unterlassung (bezw. auf den Mangel) guter (rechtlicher) Willensstimmung zurückführen lassen. —

Digitized by Google

für *seine* Ansicht *nicht* verwerthbar, wie sich aus Folgendem ergiebt:

1. In Seuff. Arch. XIII. 28 ist das *Hindern* der Herbeischaffung wundärztlicher Hülfe als *positive* Handlung aufzufassen und das später als relevant angenommene Nichtsorgen seitens des Beklagten für die ordentliche Heilung der Klägerin — an sich *keine unerlaubte* Handlung — in richtiger Weise mit der vorhergegangenen Verwundung zu einer einzigen (und zwar *positiven*) Handlung zu *verbinden*.
2. Das Vorbeifahren mit überheizter bezw. gegen das Funkenausspritzen nicht genügend gesicherter Maschine in Seuff. Arch. X. 164 ist ebenso, wie daselbst X. 165 das Heranbrausen des Zuges bei gleichzeitigem Nichtgeschlossensein der Barrière, eine einheitliche, positive und demnach die Sachbeschädigungsklage begründende Handlung (übrigens dürfte die Argumentation in Seuff. Arch. X. 165 S. 223 *nicht* als richtig zu bezeichnen sein).
3. Warum in Seuff. Arch. III. 55 das Gericht aus den dort angeführten Stellen — § ult. Inst. h. t. 4, 3. L. 31 D. eod. 9, 2. L. 1 § 4 D. si quad. paup. 9, 1. L. 11 D. de praescr. verb. 19, 5 — geschlossen hat, daß bei *Unterlassungen* eine aquilische actio utilis oder in factum statthaft sei, ist schlechterdings nicht zu ersehen. — Vgl. *ebendaselbst* Bd. XXXI. Nr. 90 37. 229.

(Schluß folgt.)

Digitized by Google

VIII.

Zieht die Strafe des Ehrenverlustes den Verlust akademischer Würden nach sich?

Von Herrn Dr. Carl Wilh. Harder in Hamburg.

Zu der in der Ueberschrift genannten Frage veranlaßt uns der Umstand, daß nach Einführung des Reichsstrafgesetzbuches die Strafgerichte eines kleinen Norddeutschen Staates zu Zuchthaus und Ehrenverlust von ihnen verurtheilte Inhaber akademischer Würden nicht als dieser Würden verlustig behandeln. Es ist das um so mehr auffallend, als die Strafgerichte desselben Staates zur Zeit des Norddeutschen Bundes und vor Einführung der Reichsstrafgesetzgebung Verbrecher der bezeichneten Art ihrer akademischen Würden für verlustig erklärt haben. — Ist nun die heutige, oder die frühere Praxis die richtige? —

Für die heutige Ansicht wird geltend gemacht:

1. Die Gerichte der deutschen Einzelstaaten seien nicht befugt, die von den Universitäten verliehenen Ehrenauszeichnungen dem durch sie Geehrten zu nehmen;

Digitized by Google

2. Die Verleihung einer akademischen Würde habe, wie die Ordination, einen unzerstörbaren Charakter; ein ordinirter Räuber bleibe auch im Zuchthause ein pastor und ebenso bleibe der akademische Würdenträger auch im Zuchthause Baccalaureus, Licentiatus, Doctor.

Ad 1. In nun lange vergangene Zeiten, z. B. noch im 18. Jahrhunderte, hat kein Zweifel darüber bestanden, daß die deutschen Universitäten deutsches Gemeingut seien, deren Rath allen Einzelstaaten zugänglich sei und deren Auszeichnungen von allen Einzelstaaten zu achten seien; aber dessen ungeachtet hat man durchweg angenommen, daß die Einzelstaaten des heiligen römischen Reiches deutscher Nation berechtigt seien, die akademisch honorirten Verbrecher ihrer akademischen Würde für verlustig zu erklären, z. B. wegen betrügerischen Bankerotts, wegen Abtreibung der Frucht, widernatürlicher Unzucht, Mordes, Mordversuches und Todtschlages, wegen Diebstahles u. s. w. Wenn man erwägt, daß seit der Errichtung, der Universitäten bis zu den ersten vier Jahrzehnten dieses Jahrhunderts den akademischen Würden ein großer Werth beigelegt wurde, den sie in neuerer Zeit vielfach eingebüßt haben; daß mit denselben die Einnahme eines Ranges in dem bürgerlichen Gemeinwesen verbunden war; daß die akademischen Würden nur Leuten von unbescholtenem Wandel und Ehrenhaftigkeit ertheilt werden sollen, weßhalb zu ihrer Erlangung, wenn diese nicht honoris caussa erfolgt, die Einreichung eines Curriculum vitae von der betreffenden Fakultät durch ihren Dekan gefordert wird: so ergiebt sich, daß Verbrechen mit einer akademischen Würde in dem Grade unvereinbar sind, daß diese für denjenigen ihrer Träger verloren geht, der als Verbrecher bestraft wird. Niemand wird bestreiten, daß ein Ehrloser das Recht verloren hat, Ehrenauszeichnungen zu tragen; daß er mithin, sobald seine Ehrlosigkeit gerichtlich ausgesprochen wird, auch das Recht verliert, Ehrenauszeichnungen zu haben. Dem

Digitized by Google

entsprechend ist auch die Praxis Ordeninhabern und Offizieren gegenüber; die Ehrenzeichen werden dem Staate, der sie verliehen, zurückgesandt.

Ad 2. Die Ordination soll einen unzerstörbaren Character verleihen, weil sie eine Mittheilung des heiligen Geistes an den Ordinirten enthält. Wenn aber der Ordinirte durch seinen Wandel davon Zeugniß giebt, daß er nicht mehr ein Gefäß des heiligen Geistes ist, dann muß man ihn für dieser hohen Gabe entbehrend halten und ihn den Nichtordinirten gleichstellen, wenn man nicht zum Sakramentspötter werden will. Die Praxis der römischen Kirche entsetzt verbrecherische und unzüchtige Geistliche ihres Amtes und verurtheilt sie zur Pönitenz in einem Kloster; wodurch sie dem Verkehre in der Welt entzogen werden. Die evangelische Kirche hat über die Ordination eine andere Ansicht als die römische Kirche. Die evangelische Geistlichkeit hat zwar einen besonderen Beruf zur Heiligung, ist aber in ihren Personen keine vor den Laien bevorzugte Trägerin des heiligen Geistes. Darum hat in der evangelischen Kirche die Ordination nicht den ihr von der römischen Kirche beigelegten Charakter. Die evangelischen Universitäten können daher ihren akademischen Würden nicht mehr einen unzerstörbaren Charakter beilegen; diese Würden sind vielmehr anderen Ehrenauszeichnungen gleichzuachten.

Vorstehenden Ausführungen nach halten wir die frühere Praxis norddeutscher Gerichte hinsichtlich des Verlustes akademischer Würden durch strafrechtliche Ehrenstrafen für die richtige.

Wir wollen diese Zeilen nicht schließen, ohne den Wunsch auszusprechen, daß die deutschen Universitäten nicht bloß als Lehranstalten für die Jugend, sondern auch als Rathgeber des Mannesalters fortbestehen und bleiben mögen. Es ist zu beklagen, daß das deutsche Volk durch die neuen Prozeßbestimmungen das Recht der Aktenversendung eingebüßt hat,

Digitized by Google

für welche die Oeffentlichkeit des Verfahrens einen sehr zweifelhaften Ersatz bietet. *)

Das Zurücktreten wissenschaftlicher Tüchtigkeit gegen Routine und Formzwang wird bereits von jüngeren Zeitgenossen empfunden und ist nicht von der Einbildung der Laudatores temporis acti erzeugt.

Die Fakultäten würden unserer Ansicht wohl daran thun, wenn sie bei ihren Prüfungen die Erlangung der Doctorwürde davon abhängig machten, daß der Candidat wenigstens den zweiten Character erlangt hat; daß für geringere Leistungen nur die Licentiaten- und Baccalaureen-Würde von ihnen ertheilt würde. Uns sind auffallend unwissende und geistig beschränkte Doctores juris utriusque vorgekommen, sowohl im Anwalts-, als auch im Richterstande.

Wie die juristischen Fakultäten es mit der Vereidigung von Nichtchristen auf das Recht der christlichen römischen Kaiser und auf das Kanonische Recht halten, wissen wir nicht.

Die Anschauungen der gesammten Christenheit von dem Wesen und der Bedeutung des Eides werden zuversichtlich von den Universitäten bewahrt. In der Prozeßpraxis haben sie, wie es scheint, eben so wenig Bedeutung, wie die Anschauungen der Hebräer vom Eide. Man würde sonst nicht Leute vereidigen, die offen sich als Gottesleugner bekennen. — Wenn unter Umständen jugendlichen Personen, nahen Verwandten, Huren, die Eidesleistung erlassen wird, warum nicht auch solchen Unglücklichen, für die es keinen höheren Geist giebt, als der Menschengeist? —

*) Unserer Erfahrung nach gehört das in den Sitzungen der Strafgerichte anwesende Publikum großentheils zu den Söldlingen der schlechten Presse, zu den Müßiggängern, zu den Gelegenheitsspähern und zu den Lehrlingen im Verbrecherfache; die Räumlichkeiten der Civilgerichte sind so beschränkt, daß sie die Anwesenheit eines Publikums unmöglich machen.

Digitized by Google

B. Bemerkenswerthe Entscheidungen oberer Gerichte mit gedrängter Angabe der Entscheidungsgründe.

XI. Steht dem detinirenden Pächter die actio spolii zu? (s. Präjudiz des vormaligen Gr. Oberappellationsgerichts Nr. 157).

Mitgetheilt von Herrn Justizrath v. Kreß in Darmstadt.

Christian K. v. L. hatte durch Vertrag v. 24. April 1882 von Eduard Sch. auf der Hessenbrückermühle 17 Grundstücke von etwa 21 Morgen für die Summe von 500 M. gepachtet und mit Hafer ausgestellt. In dem Pachtvertrag ist bestimmt, daß das Pachtgeld auf die gleich hohe Forderung des Pächters aufgerechnet werden solle.

Diese Hafererndte wurde von mehreren Gläubigern des E. Sch., nämlich:

Steuercommissär S. in Hungen wegen einer Forderung von . . . . . 3400 M.
Nathan R. in Gießen wegen einer Forderung von . . . . . 1000 „
der Ehefrau des Oberamtsrichters H. in Altenstadt wegen einer Forderung von . . . 200 „

auf dem Halm gepfändet und gegen den Widerspruch des Pächters versteigert. Gegen diese drei Gläubiger ist nun der Pächter Köhler mit einer Interventionsklage aufgetreten, und hat beantragt:

den Interventions-Beklagten aufzugeben, die fragliche Erndte vom Pfandnexus freizugeben, und dem Inter-

Digitized by Google

ventions-Kläger allen Schaden, welcher durch „die rechtswidrige" Pfändung bezw. den Pfandverkauf erwachsen, praev. liq., zu ersetzen.

Eventuell wurde Ersatz der genau berechneten Ausstellungskosten verlangt. Die durch verschiedene Anwälte vertretenen Interventions-Beklagten widersprachen die Klage. In dem angefochtenen Urtheil des Landgerichts werden die Beklagten verurtheilt:

dem Kläger die im vorigen Jahr auf den von ihm von Ed. Sch. auf der Hessenbrückermühle gepachteten Grundstücken gepfändete Hafererndte herauszugeben, bezw. allen durch die rechtswidrige Pfandung und Pfandversteigerung erwachsenen und noch erwachsenden Schaden, Liquidation vorbehältlich, zu ersetzen, auch die Prozeßkosten zu tragen.

Gegen dieses Urtheil verfolgte allein Nath. R. die Berufnng und beantragte dessen Vertreter:

unter Aufhebung des Urtheils voriger Instanz die gegen den Berufungskläger erhobene Klage abzuweisen.

Der Vertreter des Berufungs-Beklagten beantragte Verwerfung der Berufung.

Die von den beiderseitigen Prozeßbevollmächtigten vorgetragene Begründung der gestellten Anträge findet in der hier nachfolgenden Motivirung des oberlandesgerichtlichen Urtheils v. 23. Oktober 1883, durch welches die von Nath. R. verfolgte Berufung unter dessen Verurtheilung in die Kosten der Berufungsinstanz als unbegründet zurückgewiesen wurde, eingehende Würdigung und ist aus den Entscheidungsgründen das Nachstehende hervorzuheben.

I. Der Beurtheilung bietet sich zunächst die in der Berufungsinstanz vom Vertreter des Berufungsklägers angeregte Frage dar, unter welchen rechtlichen Gesichtspunkt die erhobene Interventionsklage zu subsumiren sei? Das Gericht erster Instanz hat dieselbe als actio spolii aufgefaßt, während der Vertreter des Berufungsklägers sie als eine, jedoch unbegründete, actio negatoria betrachtet. Diese letztere Anschauung ist jedenfalls unrichtig. Nirgends wird in den Verhandlungen vom Interventionskläger behauptet, daß ihm ein Eigenthum oder überhaupt ein dingliches Recht, namentlich das dingliche Pachtrecht des art. 127 des Hess. Pfandrechtgesetzes von 1858 an den Grundstücken oder an der Hafererndte zustehe, da er

Digitized by Google

in letzterer Beziehung von der Thatsache ausgeht, daß er die Erndte noch nicht percipirt habe. Die Klage stützt sich, wie das petitum klar erweist, lediglich auf die Rechtswidrigkeit der Pfandung bezw. Pfandversteigerung Seitens der Interventionsbeklagten. Diese Rechtswidrigkeit kann nun in dem zwischen dem Verpächter und Pächter bestandenen Obligationsverhältniß, den übrigen Gläubigern gegenüber nicht gelegen sein, da letztere aus diesem Verhältniß an sich nicht verpflichtet wurden. Insofern aber durch dieses Pachtverhältniß für den Pächter die Detention der Sache begründet wird, liegt darin ein Moment, welches, insofern dem Detentor ein Besitzschutzrecht gegeben ist, ein Rechtsverhältniß jedem Dritten gegenüber, der dieses Besitzschutzrecht nicht anerkennt, begründet. Es muß hiernach die Detention des Klägers als das einzige Fundament der Klage betrachtet werden. Diese Detention stützt Kläger auf die Ausübung seines Pachtrechts und es fragt sich sonach, ob dem detinirenden Pächter ein Besitzschutzrecht zusteht.

Schon in Ansehung des römisch-rechtlichen interd. unde vi war, wenn auch die Doctrin vorherrschend juristischen Besitz voraussetzte, die Ansicht vertreten, daß auch zum Schutz der auf eignes Interesse gestützten Detention, namentlich des Pächters, das remedium recuperandae poss. gegeben sei.

cf. Sintenis, C. Rt. Bd. II. §. 124 Note 24. Thibaut, Archiv für civ. Pr. Bd. 18 S. 355, 361 bis 363. Geyger, Zeitschr. für C. Rt. u. Pr. Bd. 13, S. 248.

und zwar vorzugsweise gestützt auf fr. 1 §. 9 D. de vi 43, 16. „Dejicitur is, qui possidet, sive civiliter, sive naturaliter, possideat. Nam et naturalis possessio ad hoc interdictum pertinet.“

Jedenfalls aber hat dieses römisch-rechtliche int. unde vi nach einer richtigeren Doctrin und Praxis durch das Kanonische Recht (Decr. Grat. II. c. 3 qu. 1 can 3) eine Ausdehnung in mehrfacher Richtung dahin erlitten, daß die actio spolii auch dem Detentor, vorausgesetzt, daß er ein selbstständiges Interesse an der Erhaltung seines Besitzes hat, zusteht und daß sie nicht blos im Falle einer gewaltsamen Besitzentsetzung, sondern in allen Fällen gegeben ist, in welchen durch eine rechtswidrige Handlung der Detentor, sei es an

Digitized by Google

beweglichen oder unbeweglichen Sachen, seines Besitzes entsetzt wird.

Sintenis, l. c. et ibidem citati. Bruns, Besitzklagen S. 226—236 ff. Göschen, Vorlesungen Bd. III S. 610. Seuffert, Archiv Bd. III, Nr. 56 XXIV, 212, XXV 7. Archiv für pract. R. W. II S. 263, cf. auch Preußisches Landrecht I. Tit. 18, §. 146, 169, 170.

Daß in der Doctrin und Praxis auch entgegenstehende Auffassungen bestehen, ist richtig.

Savigny, Besitz §. 50. Windscheid, I. §. 162, a, Aufl. 5. Holzschuher, Th. und Pr. II. S. 64, Aufl. 2. Seufferts Archiv I, 225, XXII. 147.

Ebensowenig ist für die thatsächliche Begründung der Klage von Erheblichkeit, daß darin nicht ausdrücklich der Gewahrsam (die Detention) des Klägers betont wird, da sachlich dies in erkennbarer Weise geschehen ist, und das petitum vollständig dem recuperatorischen Rechtsmittel entspricht.

II. Daß nun aber der Kläger in der Detention der Grundstücke, und der darauf befindlichen Erndte zur Zeit, als der Gerichtsvollzieher für die Beklagten die Erndte auf dem Halm pfändete, sich befand, kann für die richterliche Ueberzeugung nach den Aussagen der Zeugen Schillinger, Schmidt und Schlosser und nach dem Inhalt des Pachtvertrags nicht zweifelhaft sein.

III. Die übrigen Einwendungen, welche der beklagte Rath. R. der Klage entgegensetzt, sind vom Gericht erster Instanz mit Recht verworfen worden.

1. Was zunächst das auf art. 51 des Hessischen Pfandrechtgesetzes von 1858 gestützte stärkere Recht des Beklagten betrifft, so ist es richtig, daß hiernach eine Hypothek auch auf die natürlichen Früchte, welche zur Zeit der Verfügung des gerichtlichen Zwangsverfahrens noch nicht vom Boden getrennt sind, sich erstreckt. Ebenso steht thatsächlich fest, daß zur Zeit der Pfandung durch den Gerichtsvollzieher die fragliche Hafererndte noch nicht vom Kläger separirt und percipirt war, sowie daß Rath. R. wegen seiner Forderung im Jahr 1881 eine Zwangshypothek sich hatte inscribiren lassen. Allein ein rechtserheblicher Einwand gegen die Klage läßt sich hieraus aus mehrfachen Gründen nicht ableiten.

Digitized by Google

a. Die Ausdehnung der Hypothek auf die noch nicht separirten Früchte im Sinne des art. 51 l. c. setzt offenbar voraus, daß die Liegenschaft zur Zeit des Zwangsverfahrens im Gewahrsam (Besitz) des Verpfänders sich befinde, und kann deßhalb nicht zur Anwendung kommen, wenn die Liegenschaft und folgeweise die Früchte im Besitz eines Andern, namentlich eines Pächters sich befinden. Es geht dies unzweifelhaft aus art. 124 und 125 des Pfandrechtsgesetzes hervor, indem hiernach der Hypothekargläubiger verpflichtet ist, den Pächter noch für das laufende Wirthschaftsjahr im Besitze des Landguts zu belassen, damit er im Stande sei, die von ihm selbst ausgestellten Früchte zu erndten. Der Hypothekargläubiger hat hiernach kein Recht auf die nicht vom Pfandschuldner selbst ausgestellten, wenn auch noch zur Zeit des Zwangsverfahrens auf dem Halm befindlichen Früchte.

b. Sieht man aber auch hiervon ab, so hat das Gericht erster Instanz mit Recht betont, daß Nath. R. nicht auf Grund seiner Zwangshypothek, — indem er, wie der Thatbestand feststellt, auf Ausführung des Antrags auf Zwangsversteigerung der Grundstücke verzichtete, — sondern auf Grund eines selbstständigen, auf seine persönliche Forderung gestützten Antrags die Pfandung der Früchte (nach Maßgabe des §. 714 der C.P.O.) vollziehen ließ, zu einer Zeit, wo bereits der Kläger in Folge des Pachtvertrags Detentor der Grundstücke und der darauf befindlichen Erndte geworden war. Der Schuldner Eduard Sch. war also zur Zeit dieser Pfandung nicht mehr Naturalbesitzer der Grundstücke und Erndte. Nach §. 712 der C.P.O. kann aber eine gültige und wirksame Pfandung nur an den im Gewahrsam d. h. der Detention des Schuldners befindlichen körperlichen Sachen vorgenommen werden. Die im Gewahrsam eines Dritten befindlichen Sachen dagegen können ohne dessen Zustimmung, nach §. 713 der C.P.O. nicht gepfändet werden.

Ebenso ist es richtig, daß das frühere Oberappellations-Gericht in Darmstadt in seinem Präjudiz Nr. 157 für die actio spolii juristischen Besitz erfordert, und deßhalb dem Pächter diese Klage nicht einräumt. Das Reichsgericht jedoch hat sich in seiner Entscheidung, Bd. V. Nr. 42 S. 164 jener anderen Ansicht angeschlossen. Der Gerichtshof hat, in Uebereinstimmung hiermit und mit der Auffassung des Gerichts erster Instanz, seine rechtliche Ueberzeugung nicht in

Digitized by Google

Einklang mit der Praxis des Oberappellations-Gerichts zu bringen vermocht. Er wurde hierbei wesentlich von der Erwägung geleitet, daß der Pächter jedem Dritten gegenüber ganz rechts- und schutzlos sein würde, wenn ihm nicht in der actio spolii ein Besitzschutzmittel gegeben wäre, daß also, wie Bruns l. c. S. 21 S. 236—237 betont, das Bedürfniß des Rechtslebens zu jener Ansicht hindrängt.

Die Deduction des Berufungsklägers in seiner Rechtfertigungsschrift, daß das Oberlandesgericht nach der Vorschrift der Oberappellations-Gerichtsordnung von 1877 an die Präjudizien des Oberappellations-Gerichts, gleich wie ein Gesetz, gebunden sei, ist unrichtig, denn diese Bestimmung galt nur für die dem Oberappellations-Gericht untergeordneten Gerichte, nicht aber für das Oberappellationsgericht selbst, indem dieses jeder Zeit auf Grund erlangter besserer Ueberzeugung seine Präjudizien ändern konnte, und dies muß auch für das Oberlandesgericht gelten, insofern es an die Stelle des Oberappellations-Gerichts getreten ist. — Abgesehen hiervon, so ist mit dem Wegfall des Oberappellations-Gerichts auch die verbindende Kraft der Oberappellations-Gerichtsordnung in Wegfall gekommen, und außerdem ist in dem Reichsgericht ein dem Oberlandesgericht übergeordnetes Gericht entstanden, dessen Rechtsansichten sich das Oberlandesgericht, wenn auch nicht vom gesetzlichen, doch vom practischen Standpunkt aus nicht entziehen kann. Das Oberlandesgericht hat deßhalb auch in anderen Rechts-Streitfragen keinen Anstand genommen, z. B. in Ansehung des Präjudizes Nr. 185, von der Rechtsprechung des Oberappellations-Gerichts abzuweichen.

Diese actio spolii ist, wie in concreto, namentlich denn auch gegen einen Dritten begründet, in dessen Auftrag eine Execution Statt gefunden hat.

cf. Bruns, l. c. S. 259.

Daß Seitens des Klägers in den Verhandlungen der seiner Klage zu Grund liegende rechtliche Gesichtspunkt einer actio spolii nicht besonders hervorgehoben wurde, dessen Vertreter vielmehr, wie der Thatbestand besagt, die Beurtheilung dem Gericht überlassen hat, kann der Begründung der Klage nicht im Wege stehen, da es Sache des Richters ist, die Klage nach den vorgetragenen Thatsachen, unter den richtigen rechtlichen Gesichtspunkt zu bringen.

Digitized by Google

1. Abgesehen jedoch auch hiervon, so kommt in Betracht, daß jede petitorische Einrede, also auch die auf ein Hypothekrecht gestützte petitorische Einrede, der actio spolii gegenüber unstatthaft ist.

Bruns, l. c. S. 259.

2. Die Berufung des Vertreters des Berufungsklägers auf art. 54 des Hessischen Ausführungsgesetzes zur C.P.O. ist ebenso grundlos. Wenn derselbe bestimmt, daß die Zustellung der Versteigerungs-Verfügung an den Schuldner und Drittbesitzer die Folge habe, daß jede nach derselben vorgenommene Veräußerung, Verpachtung ꝛc. dem Antragsteller gegenüber nichtig sei, so setzt dieser Artikel gerade voraus, daß eine Versteigerung von Immobilien beantragt und Statt gefunden hat. Diese Voraussetzung fehlt aber hier, da der Gläubiger Nath. R. auf Versteigerung der ihm gepfändeten Liegenschaften, wie oben bemerkt, verzichtet, und eine selbstständige Pfändung und Versteigerung der Halmfrüchte beantragt hatte.

Uebrigens würde auch die Ungültigkeit der Pachtung nicht auch die auf eine ungültige Pachtung sich stützende Detention unwirksam bezw. existenzlos machen, dieselbe vielmehr nur als eine injusta detentio charakterisiren, die aber als solche immerhin des Schutzes der possessorischen Rechtsmittel genießt.

Bruns, l. c. S. 284.

3. Der auf die Wichtigkeit bezw. Anfechtbarkeit des Pachtvertrags gestützte Einwand wegen Fraudulosität desselben (S. 24, 1 der K.O.) ist gleichfalls vom Vordergericht mit Recht als thatsächlich unbegründet erachtet worden. Aus der beeidigten Aussage des Zeugen Schillinger, welche wesentlich durch die Aussagen der Zeugen Schmidt und Schlosser unterstützt wird, hat das Landgericht mit Recht die Ueberzeugung geschöpft, daß Schillinger entblößt von allen zur Anstellung der Grundstücke erforderlichen Mitteln, dieselben im Frühjahr 1882 wüst hatte liegen lassen, nachdem bereits die übrigen Grundbesitzer schon lange ihre Grundstücke gesäet hatten und die Saat bereits grün stand, sowie daß Schillinger die Grundstücke das ganze Jahr hindurch unausgestellt liegen zu lassen genöthigt gewesen wäre. Wenn hiernach der Interventionskläger sich dazu verstand, die Aecker in Pacht zu nehmen, um sie später mit Hafer einzusäen, so kann weder von einer

Digitized by Google

wirklichen Benachtheiligung der übrigen Gläubiger, noch von einer, namentlich zur Zeit des Vertragsabschlusses (Wilmowski, Komm. zur K. O. §. 14) vorhanden gewesenen Absicht der Benachtheiligung auf Seiten des Verpächters sowenig als des Pächters die Rede sein. Die Voraussetzungen des §. 24, 1 K. O. fehlen also in jeder Beziehung.

Ob die im Pachtvertrag zugleich verabredete Aufrechnung der Gegenforderung des Klägers auf das Pachtgeld der K. O. anfechtbar ist, entzieht sich hier der Beurtheilung.

4. Es ist auch nicht gerechtfertigt, wenn in der Rechtfertigungsschrift der Ungrund der Klage daraus hergeleitet wird, daß nur der Schuldner selbst, nicht der Kläger auf die Ungültigkeit der Pfandung nach §. 712 der C.P.O. sich habe berufen können Denn die Klage hat nicht die Ungültigkeit der Pfandung, sondern die Detention des Interventionsklägers zur thatsächlichen Grundlage und nur zur rechtlichen und faktischen Begründung der Detention wird darauf hingewiesen, daß, nachdem dieses Besitzverhältniß in Folge der pachtweisen Ueberlassung der Grundstücke begründet war, die Grundstücke aus dem Gewahrsam des Schuldners Schillinger getreten und folglich nicht mehr Gegenstand einer gegen den Pachter, als Detentor, wirksamen Pfandung sein konnten.

Aus diesen Gründen mußte die Berufung, unter Verurtheilung des Berufungsklägers in die Kosten der Berufungsinstanz, zurückgewiesen werden.

Urth. I. Civ. Sen. v. 23. Oktbr. 1883, U. $^{170}/_{83}$.

XII. Zu dem Gr. Hess. Gesetze vom 4. August 1871 über die verbindende Kraft der Immobiliarveräußerungsverträge Revisibilität pratikulärer Reichsnormen.

Mitgetheilt von Herrn Gerichtsassessor Dr. jur. Buff in Offenbach.

Laut Miethsvertrags vom 26./30. März 1879 vermiethete die Klägerin durch ihren Bevollmächtigten an den Beklagten

Digitized by Google

die zu ihrer Hoferaithe gehörigen Fabriklokalitäten für jährlich 500 M. In § 6 dieses Contracts wurde festgesetzt, daß die Miethzeit vom 15. April 1879 an beginne und mit dem 1. October 1881 endige, daß jedoch nach Ablauf dieses Termines die Miethe noch auf unbestimmte Zeit bis auf jedem Theile zustehende halbjährige Kündigung fortbestehen solle, — und in § 13, daß die Vermietherin von einem während der Miethzeit stattfindenden Verkaufe der Miethobjecte dem Miether schriftliche Anzeige zu machen und letzterer das Recht habe, unter den mit dem Käufer verabredeten Bedingungen statt dessen in den Kauf einzutreten.

Am 26. Mai 1879 erschienen der Bevollmächtigte der Klägerin und der Beklagte vor dem Großherzoglichen Ortsgerichte zu F. und erklärten zu Protokoll:

„daß dem Beklagten die oben genannten Lokalitäten vom 15. April 1879 an bis 1. October 1881 vermiethet worden seien und daß in dem Miethvertrage die in § 13 enthaltene (wörtlich eingerückte) Bestimmung getroffen worden sei."

Am 8. December 1881 verkaufte laut ortsgerichtlich protocollirter Kaufnotel die Klägerin die vermietheten Grundstücke an S. S. Eheleute zu F. für 16.500 M. Da sie das Verlangen des Beklagten, in diesen Kaufvertrag auf Grund des ihm im Miethvertrage zugesicherten Vorkaufsrechts einzutreten, zurückwies, beantragte der Beklagte zunächst bei dem Amtsgerichte F. als Gericht der belegenen Sache, durch Eintrag einer dinglichen Beschränkung im Mutationsverzeichnisse den Vollzug des zwischen der Klägerin und den S. St. Eheleuten abgeschlossenen Kaufvertrags und damit den Eigenthumsübergang der fraglichen Immobilien an letztere zu verhindern. Nachdem das Amtsgericht dieses Gesuch verworfen hatte, erwirkte Beklagter durch Beschwerde bei dem Landgerichte den Erlaß einer einstweiligen Verfügung vom 13. December 1881, wodurch dem Amtsgerichte aufgegeben wurde, nach Maßgabe des Artikels 6 Absatz 4 des Ausführungsgesetzes zur Civilprozeßordnung den Eintrag der Vormerkung „gehemmt" bei den erwähnten Grundstücken im Mutationsverzeichnisse zu vollziehen.

Dieser am 14. ejusd. stattgehabte Eintrag gab nunmehr

Digitized by Google

der Klägerin Verurtheilung, im Januar 1882 den Beklagten zur Anerkennung ihres Eigenthums an den fraglichen Liegenschaften, Einwilligung zur Löschung der Eigenthumsbeschränkung und Schadenersatz zu leisten, während der Beklagte Widerklage auf Anerkennung des ihm zustehenden Vorkaufsrechts und Uebertragung der Liegenschaften auf ihn als Käufer und Eigenthümer nebst Schadensersatz erhob.

Nach verhandelter Sache sind in beiden Vorinstanzen die Klage abgewiesen und die Klägerin nach der Widerklage verurtheilt worden.

Die von der Klägerin eingelegte Revision wurde für begründet erachtet und der Beklagte nach dem Klagantrage verurtheilt.

Aus den Gründen: Das Berufungsgericht stellt zunächst und zwar nach § 525 der Civilprozeßordnung für die Revisionsinstanz unanfechtbar fest, daß nach dem Hessischen Partikulargesetze vom 4. August 1871 Immobiliar-Veräußerungsverträge zu ihrer Gültigkeit die ortsgerichtliche Protokollirung erforderten, und folgert sodann sowohl aus dem Inhalte jenes Gesetzes als aus dem gemeinen Rechte, daß auch ein blos vorbereitender Vertrag unter das Gesetz falle und danach das hier dem Beklagten vertragsmäßig eingeräumte Vorkaufsrecht an den streitigen Immobilien bei dem Ortsgerichte der belegenen Sache habe angezeigt und protokollirt werden müssen. Es will aber die Nothwendigkeit der Protokollirung nicht auf den ganzen Inhalt der getroffenen Vereinbarung erstreckt wissen und meint insbesondere, daß die Bestimmungen des Mitvertrags, ob derselbe gesetzlich an keine bestimmte Form (Protokollirung) gebunden wäre, der Aufnahme in das ortsgerichtliche Protokoll nicht unterworfen gewesen seien. Es sei daher, so fährt das Obergericht aus, unerheblich, daß in dem Ortsgerichts-Protokolle einleitungsweise erwähnten Mitkontrakte die Miethzeit unrichtig angegeben sei, als maßgebend erscheine, daß dem Beklagten in formgerechter Weise ein Vorkaufsrecht für die Dauer seiner Miethzeit bewilligt worden sei. Diese selbst könne nicht nur durch das Protokoll, sondern durch jedes andere Beweismittel dargethan werden.

Als konkreter Inhalt dieser zuletzt angeführten Erwägungen ist ausschließlich die Feststellung anzusehen, daß der Mieth-

vertrag partikulargesetzlich der Protokollirung nicht bedurft habe. Alles Uebrige schließt sich an die vorausgeschickten Erörterungen über die Nothwendigkeit der Protokollirung des Immobiliar-Veräußerungsvertrags an und ist eben so sehr Folgerung aus dem Partikulargesetze, als Folgerung aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen. Daß, soweit letzteres zutrifft, das Berufungsurtheil der Revision unterliegt, ergiebt sich aus § 511 der Civilprozeßordnung. Aber auch soweit die Folgerungen des Berufungsurtheils auf die Partikulargesetzgebung sich stützen, muß dasselbe gelten. Denn abgesehen davon, daß das Oberlandesgericht selber das Partikularrecht mit dem gemeinen Rechte in Verbindung bringt und aus beiden zugleich deducirt, stellt dasselbe zwar eine partikularrechtliche Regel auf, unterläßt es aber, dieselbe zur Anwendung zu bringen, ohne festzustellen, daß hier ein dem Partikulargesetze nicht unterworfener Ausnahmefall vorliege.

Daß eine Vorentscheidung, welche einem Landesgesetze keinen bestimmten, konkret faßbaren Inhalt giebt, sondern sich nur als eine Folgerung aus der Interpretation des Gesetzes darstellt, für das Revisionsgericht nicht bindend ist, hat das Reichsgericht wiederholt angenommen.

Vergleiche Entscheidungen in Civilsachen Band II Nr. 20 Seite 70.

Es unterliegt keinem Bedenken, bei der Entscheidung über die vorliegende Revision von gleichen Gesichtspunkten auszugehen, zumal, wie der Revisionskläger mit Recht hervorhebt, das Berufungsgericht für seine Behauptung, daß die Dauer der Miethzeit durch jedes Beweismittel erwiesen werden könne, keine Entscheidungsgründe gegeben hat (§ 513 Ziffer 7 der Civilprozeßordnung).

Thatsächlich steht nun Folgendes fest:

Der zwei Monate nach Abschluß des Miethvertrags zu die gesetzliche Form gebrachte Vertrag vom 26. Mai 1879 enthält die ausdrückliche Erklärung der Contrahenten, daß die fraglichen Immobilien von 15. April 1879 an bis 1. October 1881 an den Beklagten vermiethet worden seien, und zugleich die Einschaltung des im Thatbestande angeführten § 13 des Miethvertrags. Davon, daß nach Ablauf jener Miethzeit die Miethe auf unbestimmte Zeit vorbehältlich halbjähriger

Kündigung für beide Theile fortbestehen solle, enthält das Ortsgerichts-Protokoll nichts.

Unter solchen Umständen ist nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen sowohl für den Bestand und die Ausübung des dem Miether eingeräumten Vorkaufsrechts überhaupt, als auch insbesondere für die Dauer der Ausübung desselben ausschließlich der protokollirte Vertrag maßgebend. Es muß nothwendig davon ausgegangen werden, daß nur der in der gesetzlichen Form erklärte Wille der Contrahenten Erkenntnißquelle für den Richter sei und es ist rechtsirrthümlich, zu sagen, daß, weil der Miethvertrag keine Form erfordere, deshalb auch die Ausübung des auf diesen Vertrag sich beziehenden Vorkaufsrechts nach den Bestimmungen des formlos geschlossenen Miethvertrags zu bemessen sei. Denn das Vorkaufsrecht kann nur innerhalb derjenigen Grenzen ausgeübt werden, welche ihm der in Schriftform gebrachte Veräußerungsvertrag gesetzt hat. Welche Bestimmungen im Uebrigen der Miethvertrag enthält, ist für den Veräußerungsvertrag rechtlich irrelevant. Nur dann könnte sich die Frage erheben, ob auf den Inhalt des Miethvertrags zurückzugehen sei, wenn die Contrahenten über die Dauer der Ausübung des Vorkaufsrechts keine besondere ortsgerichtlich protokollirte Vereinbarnng getroffen, in dieser Beziehung vielmehr etwa auf eine formlose Verabredung sich bezogen oder solche vorbehalten hätten. Wie in einem solchen Falle zu entscheiden sein würde, kann dahin gestellt bleiben, da vorliegend die Dauer der Miethzeit im Veräußerungsvertrage eine unzweideutige und erschöpfende Festsetzung gefunden hat, und nach dem Thatbestande die Gültigkeit dieser protokollirten Uebereinkunft von dem Beklagten nach keiner Richtung hin angefochten worden ist.

Das Nämliche ist nach dem schon angeführten Landesgesetze vom 4. August 1871 anzunehmen, indem dieses in Artikel 1 Veräußerungsverträgen über Immobilien nur „insoweit" verbindende Kraft beilegt, als sie ortsgerichtlich protokollirt sind, und in Artikel 2 diese Vorschrift auch auf blos vorbereitende Verträge anwendbar erklärt.

Der Abschluß des Kaufvertrags zwischen der Klägerin und den S. St. Eheleuten zu F., in welchen der Beklagte eintreten will, hat nun unbestritten am 8. December 1881, also

Digitized by Google

nach Ablauf der im Ortsgerichtsprotokoll vom 26. Mai 1879 stipulirten Miethzeit, stattgefunden und es war daher dem Beklagten nicht zu gestatten, das behauptete Vorzugsrecht annoch auszuüben und auf Grund desselben die zeitige Sperre (Temporal-Inhibition) bei den streitigen Grundstücken im Mutationsverzeichnisse vollziehen zu lassen.

Urtheil vom 23. Jan. 83. III. Civ.-Sen. III. 415/1882.

XIII. Wirksamkeit der Codicillarclausel, wenn das Testament selbst, worin sie enthalten, wegen Uebergehung von Notherben zusammenfällt.

Mitgetheilt von Herrn Landgerichtsrath Dr. Kritzler in Darmstadt.

B., früher in Amerika verheirathet, hatte mehrere eheliche Kinder dort erzeugt und war dann wieder allein nach Olfen in Hessen zurückgekehrt, nachdem seine Ehe in Amerika geschieden worden war. In Olfen lebte er mit einer Haushälterin, die ihm einen außerehelichen Sohn gebar, den er anerkannte und gleichfalls nach Amerika auswandern ließ. Dieser Sohn, Egidius, wurde von ihm in einem am 4. Mai 1881 vor Gr. Landgerichte Beerfelden errichteten Testamente zum alleinigen Erben eingesetzt mit Uebergehung seiner noch in Amerika lebenden vier in rechter Ehe dort erzeugten Kinder. Am Schlusse des Testaments war die sog. Codicillarclausel beigefügt. Nach dem Tode des B. wurde für den abwesenden Egidius ein Curator bestellt, der am 31. Mai 1882 vor Gericht erklärte: er trete die Erbschaft für den gedachten Egidius, resp. dessen Mutter an. Der Nachlaß des B. wurde in gerichtliche Verwaltung genommen für den abwesenden Egidius. Die vier ehelichen Kinder des B. klagten nun gegen den gedachten Curator auf Ungültigkeit des Testaments und Herausgabe der Erbschaft, während der Curator des Egidius mit Rücksicht auf einen angeblich von diesen vier Kindern ausgegangenen Erbschaftsverzicht primär die Gültigkeit des Testaments behauptete, eventuell mit Rücksicht auf die dem Testamente beigefügte Codicillarclausel $^5/_6$ des Nachlasses für seinen Curanden in Anspruch nahm.

Digitized by Google

Nach verhandelter Sache erkannte das Landgericht Darmstadt durch Urtheil vom 16. Februar 1883, daß die im Testamente des B. enthaltene Erbeseinsetzung des gedachten Egidius für ungültig zu erklären, dagegen dieser letzte Wille als Codicill aufrecht zu halten und der Beklagte schuldig sei, das Erbrecht der Kläger (Pflichttheil und Quart) mit 7/4 des Nachlasses anzuerkennen und dieser Theil an Kläger zu beliefern, im Uebrigen aber die Klage abzuweisen sei.

Das Gericht I. J. war davon ausgegangen, daß bei der Präterition von Notherben zwar das Testament zusammenfalle, aber die Codicillarclausel bestehen bleibe. Dadurch werde bewirkt, daß zwar Intestaterbfolge eintrete, allein mit Rücksicht auf die Codicillarclausel erhielten dann die Intestaterben doch nur die portio legitima (den Pflichttheil) und die Quarten, während der übrige Theil der Erbschaft auf Grund dieser Codicillarclausel dem beklagten Egidius zufalle gleich einem Erbschaftsvermächtniß. Dabei wurde die altrömische strenge Ansicht, wonach wegen des color insaniae das ganze Testament in einer Weise zusammenfalle, daß auch die Codicillarclausel nicht mehr bestehen bleibe, für heute nicht mehr anwendbar erachtet.

Dieses Urtheil sammt Gründen wurde in II. J. durch Erkenntniß Großh. O.L.Gerichts vom 4. Juni 1883, J. S. Bauer c. Siefert, und in III. J. durch Bescheid des Reichsgerichts vom 7. Dezember 1883, III. Civilsenat, Nr. 209 bestätigt.

In den Gründen wird vom Reichsgerichte u. A. bemerkt:

Es sei kein Rechtsirrthum, wenn die vorige Instanz davon ausgehe, daß der Beklagte Namens seines Curanden sich auf die dem Testamente des B. beigefügte Codicillarclausel berufen könne, obgleich dieses Testament selber wegen Uebergehung der klagenden Notherben hinfällig sei. Der schon unter den Glossatoren geführte Streit über die Natur der Ungültigkeit der Erbeseinsetzung in einer letzten Willensordnung bei ungegründeter Enterbung oder Uebergehung eines Notherben sei nach dem jetzt geltenden Rechte im Sinne der Nichtigkeit des Testaments zu entscheiden. Diese Nichtigkeit erstrecke sich jedoch nur auf die Erbeseinsetzung, während der übrige Inhalt des Testaments bestehen bleibe und dieselbe trete ein, wenn zur Zeit des Todes des Erb-

lassen, ein Notherbe vorhanden sei, welcher nicht eingesetzt oder rechtmäßig enterbt worden wäre.

Für diese Auslegung der Nov. 115 haben sich nicht nur die Mehrzahl der (neueren) Rechtslehrer, sondern auch sonst durchgängig die Praxis der deutschen Gerichtshöfe ausgesprochen. Vgl. Arndts, Rechtslexikon Bd. 8, S. 194 u. Glade, mit Eit. von Wächter, Pandekten § 327, von Bangerow, Pandekten (7. Auflage) § 485 u. 527, Seuffert, Archiv Bd. 28, Nr. 42; Bd. 33, Nr. 249.

Daß nun nach Beseitigung des Testaments und bei dem Eintritte der gesetzlichen Erbfolge vermöge der einem letzten Willen beigefügten Codicillarclausel auch eine nach den Vorschriften der Novelle nichtige Erbeseinsetzung als Universalfideicommiß aufrecht zu halten sei, folge aus dem Zwecke dieser Clausel, der allgemeinen Vorschrift der const. 8 § 1 Cod. (6, 36) de cod., der const. 11 Cod. de test. man. (7. 2), sowie der besonderen, analog anzuwendenden Bestimmung in l. 24. § 11 Dig. de fideic. lib. (40, 5), conf. auch Degener in Lindes Zeitschrift Bd. 18, S. 403 ff. und Windscheid Pandekten § 631, Note 9.

Dazu komme, daß eine bindende Erklärung des gedachten Egidius, die Erbschaft nur aus dem Testamente anzutreten, zur Zeit nicht vorliege, wie in früherer Instanz mit Recht angenommen worden sei. Auch hindere die Einrede des Verzichts der Kläger auf die Geltendmachung ihres Erbrechtes, die der Beklagte zunächst vorgeschützt, denselben keineswegs an des Nachlasses mit Rücksicht auf die Codicillarclausel in Anspruch zu nehmen.

XIV. Sind von Standesherrn angestellte Gutsverwalter nach der Natur ihres Dienstes als lebenslänglich angestellte Diener zu betrachten?

Mitgetheilt von Herrn Landgerichtsrath Dr. Kirchhoff in Darmstadt.

Gutsverwalter F. wurde von des Grafen C. Sch. Kammer auf dessen Gut F. als Verwalter angestellt. Diese Gutsverwaltung rentirte nicht. Es wurde daher Verpachtung des Gutes beschlossen und dem F. das Dienstverhältniß ge-

kündigt. Derselbe erhob eine Feststellungsklage gegen seinen bisherigen Dienstherrn, worin gebeten wurde, durch Urtheil festzustellen, daß sein Dienstverhältniß als das eines definitiv und lebenslänglich angestellten Beamten des Herrn Beklagten anzusehen und dasselbe nicht kündbar sei. Da dieses von dem Letzteren verneint wurde, kam es zu einer ausführlichen Beweiserhebung darüber, ob Gutsverwalter in der Regel lebenslänglich angestellt würden, und wenn nicht, ob ausnahmsweise dies bei dem Kläger F. in concreto der Fall gewesen. Die Beweisaufnahme ergab für den Kläger ein durchaus negatives Resultat. Die Klage wurde daher in I. Instanz von Gr. Landgerichte abgewiesen und dies Urtheil d. d. 29. Januar 1884 auf erfolgte Berufung des Klägers durch Erkenntniß Gr. Oberlandesgerichts Darmstadt bestätigt. In den Motiven dieses Erkenntnisses wird u. A. bemerkt:

Eine vollständige Analogie der Rechtsverhältnisse der Staatsdiener und der standesherrlichen Diener sei schon aus dem Grunde ausgeschlossen, weil für erstere, als Diener der juristischen Person des Staates, die Rechte und Pflichten nicht durch einen s. g. Dienstvertrag, sondern durch einen einseitigen Akt der Staatsgewalt, durch Verleihung, in Gemäßheit der staatsrechtlichen Bestimmungen der Dienstpragmatik begründet würden, — cf. Seuffert Archiv Bd. 25 Nr. 235 und Maurenbrecher Staatsrecht §. 161 ꝛc. — während das Rechtsverhältniß der standesherrlichen Diener seinem Wesen nach mit Rücksicht auf die jetzige Stellung der Standesherrn im Staate, nur aus einem Dienstvertrage abgeleitet werden könne. Dieser Dienstvertrag bilde also die wesentliche Grundlage für die Beurtheilung des Rechtsverhältnisses standesherrlicher Diener. Gleichwohl habe die Rechtsprechung des früheren Gr. Oberappellationsgerichts insofern eine Analogie zwischen staats- und standesherrlichen Dienern für gerechtfertigt gehalten, als in mehrfachen Entscheidungen ausgesprochen worden sei, daß der standesherrliche Diener wie der Staatsdiener im Zweifel, wenn nicht ausdrücklich ein Anderes bestimmt wäre, als unwiderruflich, auf Lebenszeit angestellt zu betrachten sei, wenn ihm solche, selbst untergeordnete, Dienstfunktionen übertragen wären, welche den Dienstfunktionen der nach den Bestimmungen der Dienstpragmatik auf Lebenszeit angestellten Staatsdiener gleich seien, cf. Archiv für civ. Pr. Bd II Seite 462, 463, Bd. VII

Digitized by Google

Seite 352 ff. Seufferts Archiv Bd. 14 Nr. 135. — Sehe man aber auch davon ab, daß diese Analogie erheblichen Bedenken unterliege, wenigstens insoweit sie auch auf untergeordnete Diener angewendet werde — cf. Seufferts Archiv Bd. 6 Nr. 30, Bd. 11 Nr. 146 —, so könne dieselbe und der daraus gezogene Grundsatz der Inamovibilität standesherrlicher Diener doch nur für solche gelten, deren Funktion einem Staatsdienst analog sei, welcher, wenn auch nur ein niederes Amt in Frage komme, doch im Staatsorganismus eine dauernde Dienstverwaltung erfordere. Als ein solches analoges Civilamt könne aber der Dienst eines Gutsverwalters nicht betrachtet werden, da, wie das Gericht I. Instanz ganz richtig hervorgehoben habe, die Bewirthschaftung eines standesherrlichen Gutes nicht nothwendig die Dienstfunktionen eines Verwalters erheische, sondern, je nach Belieben des Gutsherrn, auch durch Verpachtung bewirkt werden könne. Auch werde durch die im Urtheil I. Instanz hervorgehobenen Aussagen der Sachverständigen festgestellt, daß für die Regel Gutsverwalter und zwar in gleichem Maße für staatsherrschaftliche Güter, wie für Privatgüter, namentlich standesherrliche Güter, nicht auf Lebenszeit angestellt zu werden pflegten, und daß nur in wenigen Ausnahmefällen aus besonderem Wohlwollen der Privatherrschaft mit Rücksicht auf langjährige treue Dienste eine Unwiderruflichkeit der Anstellung von Gutsverwaltern, beziehungsweise eine Pension verwilligt worden sei. Wenn hiernach der Dienst des Klägers als Gutsverwalter nicht einem dauernden Civilamt gleichgeachtet werden könne, so sei auch an sich die Vermuthung für eine Anstellung desselben auf Lebenszeit ausgeschlossen ....

cf. U. O.L.G's Darmstadt v. 28. Juni 1884. U. $^{72}/_{84}$ Nr. O.L.G. 3542.

XV. Grundsätze über Feststellung der Entschädigungssumme bei Verlöbnißbruch.

Mitgetheilt von Herrn Landgerichtsrath Dr. Kritzler in Darmstadt.

Die Witwe K. hatte sich mit dem ledigen G. verlobt und weigerte sich der Letztere, die Ehe einzugehen. Die K.

Digitized by Google

belangte darauf den G. bei dem Landgerichte Darmstadt auf Entschädigung unter näherer Darlegung der Verhältnisse, insbesondere des beiderseitigen Vermögens. Die Feststellung der Entschädigungssumme richterlichem Ermessen überlassend, verlangte sie vorsorglich einen Betrag von 3000 M. insbesondere deßhalb, weil das Vermögen des G. ihr eigenes Vermögen um diesen Betrag übersteige. Das Landgericht D. erkannte auf eine Entschädigungssumme von 2000 M. Hiergegen verfolgte der Beklagte die Berufung, gab seine Entschädigungspflicht und den Betrag der Entschädigung mit 1000 M. nach und verlangte Abweisung der weiter vom Landgericht zuerkannten 1000 M. Dieser Berufung wurde vom Oberlandesgericht Darmstadt stattgegeben und dabei in den Motiven u. A. bemerkt:

Die Grundsätze, welche bei Feststellung einer Entschädigungssumme der hier fraglichen Art zu beachten seien und bereits in anderen Entscheidungen (s. z. B. Entscheidung des O.L.G. Darmstadt v. 24. Nov. 1883 J. S. Heddrich v. Zell gegen Ankularius von Schotten) maßgebend gewesen wären, schließen sich an die Bestimmung der Hess. Verordnung vom 28. März 1790 an, wornach der schuldige Theil sowohl zu einer hinlänglichen, den Vermögens- und übrigen Umständen beider Theile angemessenen Entschädigung des unschuldigen Theils angehalten, als auch in Geldstrafe genommen werden solle. Die demgemäß zu leistende Entschädigungssumme falle darnach unter den Gesichtspunkt einer Genugthuung (Satisfaktion) und Abfindung und könne von dem Richter selbst ohne förmliche Beweisführung mit oder ohne vorausgehende Ermittelung über die einschlagenden Verhältnisse bestimmt werden. Zu den nach Obigem zu berücksichtigenden „übrigen Umständen" gehörten nach richterlichem Ermessen insbesondere die persönlichen Verhältnisse beider Theile, etwaige zum Zweck der Ehe gemachte Aufwendungen (Inventurkosten 2c.), die nachtheilige Wirkung auf das spätere Fortkommen des unschuldigen Theils u. dgl. Bei Berücksichtigung der Vermögensverhältnisse komme ein in Folge des Nichtvollzugs der Ehe entgangener Gewinn nicht unbedingt in Betracht, weil der Charakter der Ehe die Rücksicht auf ein Spekulationsgeschäft ausschließe, wenn auch bei Schätzung des zu ersetzenden Interesses eine Vermögensgenugthuung für den

begangenen Treubruch in Erwägung gezogen werden könne. Vergleiche Archiv für prakt. Rechtswissenschaft Bd. 8 S. 240 Anm. 7; Bd. 9 S. 282 und 283 sowie Anm. 5; dasselbe neue Folge Bd. 3 S. 86; Bd. 5 S. 322; auch Seufferts Archiv Bd. 7 Nr. 59; Bd. 6 Nr. 209; Bd. 18 Nr. 256. Mit Rücksicht hierauf dürften die Vermögensverhältnisse, welche der landgerichtlichen Festsetzung der Entschädigungssumme vorzugsweise zu Grunde lagen, nicht von so ausschlagender Bedeutung sein. Eine Vermögensdifferenz zwischen beiden Theilen von etwa 3000 M. habe bei der vorliegenden Sachlage keinen bestimmenden Einfluß, weil Beklagter die Höhe der Entschädigung bis zum Betrage von 1000 M. nachgegeben habe; es läge daher auch kein Grund vor, den Beweis, daß das Vermögen des Beklagten noch um 3000 M. höher sei, als das Landgericht angenommen, jetzt noch zuzulassen. Neben dem Ersatz wirklicher Verluste habe der Beklagte der Klägerin keineswegs alle pekuniären Vortheile zu ersetzen, welche diese möglicher Weise gehabt hätte, wenn die Ehe vollzogen worden wäre und in Folge dessen die beiderseitigen Vermögen zum gemeinschaftlichen Nutzen bewirthschaftet und verwaltet worden wären. Die Klägerin, eine wohlsituirte Wittwe mit 15 000 M. theils ihr eigenthümlich, theils nutznießlich zustehendem Vermögen, habe dadurch, daß Beklagter sie nicht heirathe, eine wesentliche Verschlechterung ihres Vermögens nicht zu erwarten. Auch wenn das Verlöbniß mit dem Beklagten zurückgehe, sei für Klägerin die Möglichkeit, sich mit einem anderen passenden Manne zu verheirathen, keineswegs ausgeschlossen, und würde dabei ihr früherer vorübergehender Brautstand mit dem Beklagten wenig ins Gewicht fallen, jedenfalls für die Klägerin als vermögende Wittwe nicht die nachtheiligen Folgen haben, welche ein lediges unversorgtes Frauenzimmer in ähnlichem Falle zu besorgen hätte. Erschwerungsgründe für die Handlungsweise des Beklagten fehlten. Wirkliche Vermögensaufwendungen und Kosten, durch den Brautstand hervorgerufen, habe die Klägerin, 30 M. 30 Pf. Inventurkosten ausgenommen, nicht gehabt; 1000 M., die Beklagter zugestanden, seien daher eine sehr reichliche Entschädigung für die Klägerin.

U. O.L.G.'s Darmstadt v. 17/V. 1884. U. 2846 54/84.

XVI. Der durch die Bemerkung „beschränkt" im Grundbuch und Mutationsverzeichniß gewahrte Eigenthumsvorbehalt wirkt gleich einem Pfandrechte des Veräußerers an dem veräußerten Grundstücke; dieses haftet daher ganz für jeden Theil des Kaufschillings und mit jedem Theile für den ganzen Kaufschilling; eine theilweise Löschung der Bemerkung „beschränkt" ist ausgeschlossen. — Grundsätze über einseitige Dispositionsbefugnisse des Ehemannes am gemeinsamen Vermögen, während bestehender Ehe nach den Systemen der allgemeinen und der partiellen (partikulären) Gütergemeinschaft (ehelichen Errungenschaft).

Mitgetheilt von Herrn Gerichtsassessor Dr. Mayer in Darmstadt.

Durch Uebergabvertrag vom 23. December 1879 hatten Adam St. und dessen Ehefrau, die nunmehrige Beklagte, dem Kläger, ihrem Schwiegersohne Heinrich V. und dessen Ehefrau Katharine, geb. St., ihre sämmtlichen Mo- und Immobilien angeschlagen und übergeben. Die Anschlagsumme von 6000 M. sollte der Heinrich V.'s Ehefrau mit 4400 M. auf ihr elterliches Vermögen aufgerechnet, der Betrag von 1600 M. dagegen in vier Zielen von je 400 M. auf Johanni 1879, 1880, 1882, 1885 an die Uebergeber bezahlt werden. Außerdem hatten die Uebergeber lebenslängliche auf den übergebenen Gegenständen haftende Auszugsleistungen in Anspruch zu nehmen, und es war vereinbart worden, daß im Falle die Uebernehmer vor den Uebergebern versterben sollten, das Uebergebene an die Uebergeber zurückfallen solle. Bis zur vollständigen Erfüllung aller Leistungen war den Uebergebern und deren Erben das Eigenthumsrecht an den übergebenen Gegenständen vorbehalten. Es ist nicht bestritten, daß der vor der Klageerhebung bereits verstorbene Adam St. während bestehender Ehe mit der Beklagten über die zu leistenden

Digitized by Google

Zahlungen von 1600 M. am 27. Februar 1880 und 17. Juni 1880 Quittungen ausgestellt hat, ohne daß eine Zahlung erfolgt, oder eine Gegenleistung in das Vermögen der Adam St.'s Eheleute übergegangen war.

Der Klageantrag, die Beklagte zu verurtheilen, anzuerkennen, daß die Kaufschillingsforderung von 1600 M. getilgt sei, sowie in die Löschung des dem Erwerbstitel beigefügten Eintrags „beschränkt", insoweit sich diese Beschränkung auf jene Kaufschillingsforderung beziehe, einzuwilligen, wurde in beiden Instanzen als unbegründet zurückgewiesen. In der Berufungsinstanz wurde gesagt: „Auch dann, wenn, was nicht der Fall ist, dem primären Antrage auf Anerkennung der Tilgung der Kaufschillingsforderung stattzugeben wäre, würde der auf Löschung der Beschränkung gerichtete zurückzuweisen sein: Die im Mutationsverzeichnisse dem Erwerbtitel der Uebernehmer beigefügte Bemerkung „beschränkt" hat den Zweck, den Uebergebern Sicherheit für ihre Gegenforderungen zu gewähren, und das den Uebernehmern durch die beschränkte Ingrossation übertragene Eigenthumsrecht kann von den Uebergebern mit dinglicher Wirkung widerrufen werden, so lange die Letzteren nicht vollständig befriedigt sind. — Müller, die Ingrossation, S. 89 f. — Das vorbehaltene Eigenthumsrecht, welches nach der Vorschrift des Art. 7 des Gesetzes vom 21. Februar 1852 als auflösende Bedingung gilt, haftet, wie das Pfandrecht, mit dinglicher Wirkung ungetheilt für das Ganze der Forderungen, für deren Sicherheit es bestellt wurde, wie für jeden Theil derselben, und erleidet keine Veränderung oder Verminderung, so lange noch ein Theil der Forderungen besteht. Es kann deßhalb eine theilweise Löschung des Eintrags „beschränkt" nicht stattfinden, eine solche wäre auch zwecklos, denn wenn auch im Falle der theilweisen Erlöschung der den Uebergebern eingeräumten Ansprüche der Eigenthumsvorbehalt bis zum völligen Wegfalle der Resolutivbedingungen wie bereits angegeben, ungemindert fortdauert, dann kann auch die rechtliche Wirkung des Eintrags „beschränkt" keine Veränderung erleiden.

Auch der weitere auf Anerkennung der Tilgung der Kaufschillingsforderung im Betrage von 1600 M. gerichtete Antrag konnte nicht für begründet gehalten werden. Es ist nicht bestritten, daß Adam St. mit der Beklagten in ehelicher Errungenschaftsgemeinschaft gelebt und daß die hier fragliche

Digitized by Google

Kaufschillingsforderung einen Theil der Errungenschaft gebildet hatte. Auch ist als thatsächlich festgestellt anzusehen, daß für die von Adam St. am 27. Februar 1880 und 17. Juni 1880 quittirte Kaufschillingsforderung keine Zahlung geleistet und keine Gegenleistung in das Vermögen der Adam St.'s Eheleute ausbedungen worden war, daß die Ausquittirung der Kaufschillingsforderung vielmehr einen Akt der reinen Liberalität gebildet hatte. Zur Anerkennung einer solchen Verfügung konnte die Beklagte nicht für verpflichtet gehalten werden.

Für die partielle Gütergemeinschaft (eheliche Errungenschaft) gelten im Allgemeinen die gleichen Grundsätze wie für die allgemeine Gütergemeinschaft, wenn auch bei der Ersteren sich ein freieres Verfügungsrecht, z. B. bezüglich der Veräußerung der Immobilien, zu Gunsten des Mannes erhalten hat. (Stobbe, Handbuch des D. P. §. 246 p 278.) Dem Manne steht an der Gesammtmasse eine allgemeine Verwaltung, freie Disposition und Vertretung nach Außen zu, während das Verfügungsrecht der Frau auf das Gebiet der engeren Wirthschaft beschränkt ist. Allein demungeachtet sind beide Ehegatten als Subjekte des Vermögens anzusehen, welches eine gemeinsame Gesammtmasse bildet und die Frau kann keineswegs als vermögenslos betrachtet werden (Stobbe a. a. O. §. 239. p. 218). Hieraus ergiebt sich, daß das dem Manne zustehende Verfügungsrecht seinen Grund nicht in einer bevorzugten Berechtigung des Mannes an der Vermögenssubstanz hat, sondern daß es lediglich in dem dem Manne zustehenden Verwaltungsrecht seine Rechtfertigung findet. Alle diese Verwaltungsbefugnisse gründen sich auf die Voraussetzung, daß durch dieselben das gemeine Beste der Ehegatten erhalten und befördert, das Gesammtvermögen wenigstens nicht vergeudet und verschleudert werde (Erbacher Landrecht von Beck und Lauteren p. 208). Dagegen sind Rechtsgeschäfte, welche ihrer Natur nach nur eine Verminderung und bloße Benachtheilung des Gesammtvermögens enthalten, dem Manne nicht gestattet. (Entsch. Seuffert's Arch. Bd. 18 Nr. 147).

Mit dieser Ansicht steht auch die Rechtsprechung unserer Gerichte nicht im Widerspruch. Nach der älteren Rechtsprechung insbesondere des vormaligen höchsten Gerichts (1798) war der Ehemann weder bei der allgemeinen Gütergemein-

Digitized by Google

schaft noch bei der Errungenschaft befugt, über das Vermögen, insbesondere über unbewegliche Stücke desselben ohne Beistimmung der Ehefrau willkührlich zu verfügen. (Rühl in Bopp's Mittheilungen aus den Materialien der Rechtspflege Bd. 2 pos. 74.) Wenn auch nach der späteren Rechtsprechung, insbesondere des vormaligen Oberappellationsgerichts dem Verfügungsrecht des Mannes eine größere Ausdehnung eingeräumt wurde, und der Mann ohne Zweifel befugt war, einzelne Gegenstände der ehelichen Errungenschaft-Gemeinschaft auch ohne die Einwilligung seiner Frau zu veräußern (Präjudiz Nr. 124), so steht doch diese Rechtsprechung mit dem angeführten Grundsatze einer aus dem Verwaltungsrechte herzuleitenden Begrenzung der Befugnisse des Mannes nicht im Widerspruch. Bei den präjudiciell gewordenen Entscheidungen des Oberappellationsgerichts (In Sachen Helfrich gegen Gemeinde Auerbach 1839, Perschbacher Immobilienverkauf betr. 1861) hatte es sich zwar um die Veräußerung von Immobilien gehandelt und es war der Grundsatz ausgesprochen worden, daß der Mann befugt sei, errungenschaftliches Vermögen, insbesondere Immobilien, zu veräußern, ohne daß die Gültigkeit dieser Veräußerung von der Zustimmung der Frau abhängig sei. Allein bei diesen Rechtsgeschäften hatten stets Akte der Vermögensverwaltung vorgelegen, indem Veräußerungen vollzogen worden waren, bei welchen sich Leistung und Gegenleistung gegenüber gestanden hatten, der Kaufpreis an die Stelle des veräußerten Gegenstandes getreten war, nicht aber um Handlungen einer reinen Liberalität und Verschleuderung des Gesammtvermögens durch einseitige Verfügungen des Mannes. Nach den thatsächlichen Feststellungen hatte im Fragefalle bei der von Adam St. vollzogenen Ausquittirung des Kaufschillings eine reine Liberalität vorgelegen, durch welche das Vermögen der Kläger bereichert, und gleichzeitig das Vermögen der Adam St.'s Eheleute vermindert worden wäre. Die Beklagte und ihr Ehemann hatten nach dem Uebergabsvertrage vom 23. December 1879 ihr gesammtes Vermögen sammt dem ihnen zustehenden Nießbrauch am Vermögen der Heinrich V.'s Ehefrau hingegeben, als Gegenleistung hatte die Beklagte an dem der Errungenschaft stipulirten Kaufschillinge und den Auszugsleistungen theilgenommen. Diesen Kaufschilling hatte der Ehemann der Beklagten quittirt, ohne daß eine Gegenleistung in die Errungenschaft geflossen

Digitized by Google

wäre. Die einseitige Ausquittirung des Kaufschillings durch Adam St. muß als eine Liberalität, eine einseitige Vermögenszuwendung an die Kläger, unter gleichzeitiger Vermögensverminderung der Errungenschaft der A. St.'s Eheleute, angesehen werden. Es waren deßhalb die für die eheliche Gütergemeinschaft geltenden Grundsätze zur Anwendung zu bringen, welche dem Manne zwar ein freies und selbstständiges Verwaltungsrecht an dem gemeinschaftlichen Vermögen gewähren, allein ihm nicht das Recht einräumen, dieses Vermögen oder einen aliquoten Theil desselben im Widerspruch mit dem Zweck, zu welchem ihm das Recht der freien Verwaltung eingeräumt ist, durch reine Freigebigkeit zum Schaden der Gemeinschaft zu veräußern. (Seufferts Archiv Bd. 18, Nr. 147.) Die Beklagte konnte deßhalb nicht für verpflichtet gehalten werden, die Gültigkeit eines Rechtsgeschäfts anzuerkennen und bei dessen Ausführung mitzuwirken, durch welches ihre eigenen Rechte am Gesammtvermögen geschädigt würden.

(Entscheidung d. O.L.G. 1. C.-S. v. 2/7 84. U. 36/84.)

XVII. Ist die Eintragung eines Hypothektitels gegen den noch nicht ingrossirten Erben zulässig?

Mitgetheilt von Herrn Gerichtsassessor Dr. Mayer in Darmstadt.

B. M. hat gegen die J. H. jun. Eheleute zwei Forderungen von 120 M. und 82 M. 10 Pfg. eingeklagt und wegen Hauptgelds, Zinsen und Kosten vollstreckbare Urtheile erwirkt. Unter dem 26. Mai hat derselbe, unter Uebergabe eines Grundbuchsauszugs und eines Auszugs aus dem Hypothekenbuch, den Antrag gestellt, die in ersterem verzeichneten 17 Grundstücke zwangsweise versteigern und auch den gesetzlichen Hypothektitel einschreiben zu lassen. Dieser Antrag ist von dem Amtsgericht als unbegründet verworfen worden, in Folge der Beschwerde des Gläubigers hat dagegen das Landgericht unter Aufhebung des Beschlusses, das Amtsgericht angewiesen, in Gemäßheit des Antrags zu verfahren. Nach Erlaß des zuletzt gedachten Beschlusses hat der Vertreter des Gläubigers M. unter dem 29. Juni dessen Antrag inso-

Digitized by Google

fern eingeschränkt, als er die Zwangsversteigerung und Einschreibung des Hypothektitels nur bezüglich des ideellen sechsten Antheils des schuldnerischen Ehemanns vollzogen haben will. Auf sofortige Beschwerde der Schuldner hat das Oberlandesgericht den Amtsgerichtsbeschluß wiederhergestellt, indem gesagt wurde: Der Antrag auf Zwangsversteigerung und Einschreibung des in Folge willfähriger Verfügung begründeten Hypothektitels erscheint aus einem doppelten Grunde verwerflich: Die zu versteigernden Immobilien gehören unzweifelhaft zu dem Nachlaß der Eltern des schuldnerischen Ehemanns, der Jakob H. II. Eheleute; diese haben sechs großjährige Kinder hinterlassen, von welchen der Schuldner Jakob H. jun. bereits in zweiter Ehe steht. Bis jetzt ist der Nachweis nicht erbracht, daß derselbe Erbe seiner Eltern geworden ist, er selbst leugnet dieses, behauptet namentlich, daß er nicht zu denjenigen Personen gehöre, welche die Erbschaft der Ascendenten ohne Weiteres erwerben; denn er habe namentlich zur Zeit des Todes seines erst in diesem Jahre verstorbenen Vaters nicht in dessen Gewalt gestanden, er habe die Erbschaft nicht angetreten, vorsorglich jedoch dieselbe auch ausgeschlagen.

Bei dieser Sachlage erscheint es geboten, daß der Gläubiger M. zunächst den Nachweis erbringt, daß der mitschuldnerische Ehemann die Erbschaft seiner Eltern erworben habe. Wollte man aber auch unterstellen, derselbe sei Erbe geworden, und zwar zu einem Sechstheil, so würde es zwar nach dem dem Grundsatz, daß durch Erwerbung der Erbschaft die Gesammtheit der übertragbaren Vermögensrechte des Erblassers in der Weise übergehen, als ob der Erbe unmittelbar mit dem Augenblick des Todes der Erblassers in dessen Rechte getreten wäre, richtig sein, daß der schuldnerische Ehemann, zu seinem Erbtheil Eigenthümer der hier in Rede stehenden Immobilien geworden wäre, allein es könnte doch insolange eine Veräußerung und Verpfändung des ideellen Antheils an denselben nicht stattfinden, als nicht dieser Antheil dem Jacob H. jun. in dem Grundbuch oder Mutationsverzeichniß auf seinen Namen zugeschrieben wäre.

cf. Müller, Ingrossation des Grundeigenthums §. 37 S. 151, — und dessen Pfandrecht §. 11 S. 32, 33,

Digitized by Google

Art. 1 Abs. 1 Art. 3 u. 4 des Ingroff.-Ges. und Art. 8 und 36 des Pfandrechtgesetzes.

Was im Besonderen die beantragte Veräußerung betrifft, so ist für diese der Art. 4 Abs. 4 des Ingroffationsgesetzes maßgebend, und es ist in dieser Beziehung nur noch weiter hervorzuheben, daß der Ausnahmefall, welcher in der Verfügung des Großh. Ministeriums der Justiz vom 9. resp. 19. September 1854 erwähnt ist, nämlich die Veräußerung eines noch in ungetheilter Gemeinschaft der Erben stehenden von dem Erblasser herrührenden Immobile, hier nicht vorliegt.

cf. Müller, Ingroffationsgesetz S. 141, 142.

(Entscheidung d. O.L.G. Ferienſenat v. 23/7 84. W. 83/84.)

XVIII. Bedürfen Personenvereinigungen in Hessen zur Erlangung der juristischen Persönlichkeit einer besonderen Verleihung derselben durch die Staatsgewalt? Rechtliche Natur der sog. landwirthschaftlichen Kreditvereine, Consumvereine 2c.

Mitgetheilt von Herrn Gerichtsassessor Dr. Mayer in Darmstadt.

Hierüber sagen die Entscheidungsgründe eines Urtheils des 1. C. S. vom 10/6 84 (U. 3/84): „Es kann den Berufungsklägern zugegeben werden, daß die vorige Instanz den klagenden Verein — es war ein sog. landwirthschaftlicher Creditverein — mit Unrecht als „Korporation" im römischrechtlichen Sinne aufgefaßt hat. Das Vordergericht, welches seine Subsumirung desselben unter diesen Rechtsbegriff nicht weiter begründet hat, ging hierbei offenbar von der Windscheid'schen Rechtsanschauung aus, daß eine Personenvereinigung, bei dem — im Fragefalle von ihm als erwiesen angenommen — Willen, daß Träger der vermögensrechtlichen Persönlichkeit nicht die Einzelnen als solche sein sollen, sondern ihre gedachte Einheit, schon kraft ihrer Existenz juristische Persönlichkeit erlange, es daher der Verleihung einer solchen nicht bedürfe.

Windscheid, Pandekten I, §. 60 und Anm. 2 u. 3.

Digitized by Google

Allein diese schon gemeinrechtlich sehr und von gleich namhaften Autoritäten wie Windscheid bestrittene Grundsatz,

Windscheid, a. a. O. Anm. 2.

kann jedenfalls partikularrechtlich für Hessen als geltend nicht erachtet werden. Associationen — abgesehen von den reichs-, insbesondere handelsrechtlich oder den bergrechtlich geregelten Gesellschaften — erhalten in Hessen juristische Persönlichkeit („Korporationsrechte") nur kraft ausdrücklicher Verleihung der Staatsgewalt.

cf. Gareis, das Staatsrecht des Großherzogthums Hessen in Marquardsens Handbuch des öffentlichen Rechts, III. Band, S. 79 §. 20 a. E.

Der klägerische Verein charakterisirt sich vielmehr rechtlich als eine, im modernen Rechtsleben häufig vorkommende Societät (im römisch-rechtlichen Sinne) welche indessen vertragsmäßig bezw. statutarisch durch Organisirung einer korporativen Verfassung modificirt ist.

cf. Stobbe, Handbuch des Deutschen Privatrechts (2. Aufl.) I. Bd. §. 61. S. 502. — Gerber, System des Deutschen Privatrechts (14. Aufl.) §. 49, insbes. §. 128.

XIX. Bedarf ein Kostenfestsetzungsbeschluß der Bescheinigung, daß innerhalb der gesetzlichen Nothfrist die sofortige Beschwerde nicht ergriffen worden sei?

Mitgetheilt von Herrn Justizrath v. Kreß in Darmstadt.

In einer bei dem Landgerichte der Provinz Rheinhessen anhängig gewesenen Sache wurde bei dem Gerichtsschreiber des Oberlandesgerichts der Antrag gestellt, den ergangenen, bereits mit der Vollstreckungsclausel versehenen Kostenfestsetzungsbeschluß erster Instanz mit der Bescheinigung zu versehen, daß gegen denselben in der gesetzlichen Nothfrist die sofortige Beschwerde nicht ergriffen worden sei. Der Gerichtsschreiber lehnte diesen Antrag ab, mit dem Bemerken, es genüge, wenn die Zustellung jenes Beschlusses von Amtswegen an beide Prozeßbevollmächtigte von der Gerichtsschreiberei erster

Digitized by Google

Instanz bescheinigt und nach dem Datum jener Zustellung die Nothfrist des §. 540 C.P.O. abgelaufen sei.

Der betreibende Rechtsanwalt remonstrirte gegen diesen ablehnenden Bescheid, unter Berufung auf die Vorschriften der Art. 294, 646, 662, 702 und 703 C.P.O., aus welchen zu folgern sei, daß der Gerichtsschreiber derartige Bescheinigungen in allen Fällen zu geben habe, in welchen gegen eine gerichtliche Entscheidung ein Rechtsmittel unter Nothfrist eröffnet worden sei. Seitens des Gerichtsschreibers wurde dieser Remonstration keine Folge gegeben, vielmehr erwidert, daß insofern eine Auskunftsertheilung darüber, ob sofortige Beschwerde verfolgt worden, sachdienlich erscheine, solche dahin gegeben werden könne, daß eine derartige Beschwerde nicht eingekommen sei, daß hingegen eine Berechtigung auf Ertheilung einer Bescheinigung nach Analogie des §. 646 Abs. 2 C.P.O. nicht anerkannt werde.

Der zweite Civilsenat des Oberlandesgerichts, an welchen sich nunmehr der betreibende Theil wandte, wies am 24. Januar 1885 den Antrag auf Aenderung der Entscheidungen des Gerichtsschreibers am 27. Dezember 1884 beziehungsweise 7. Januar 1885 als unbegründet zurück, unter Verurtheilung des Antragstellers in die entstandenen Kosten.

Hiergegen wurde Beschwerde an das Reichsgericht verfolgt, von dessen zweitem Civilsenat am 27. Februar 1885 die erhobene Beschwerde, unter Verurtheilung des Beschwerdeführers in die durch dieselbe veranlaßten Kosten, als unbegründet zurückgewiesen wurde.

Diese Entscheidung stützt sich auf folgende Gründe.

Seinem klaren Wortlaute nach giebt §. 646 C.P.O. Bestimmungen nur für Urheile, nicht für Beschlüsse. Ebendeßhalb konnte auch in Absatz 2 gesagt werden, daß ein Zeugniß des für das Rechtsmittel zuständigen Gerichts genüge, denn für das Rechtsmittel der Beschwerde wäre diese Bestimmung ganz unpassend, da die Beschwerde der Regel nach beim Gerichte, welches die Entscheidung erlassen hat, eingelegt wird (§. 532 Abs. 1).

Daß es die Absicht des Gesetzes nicht gewesen sei, die Bestimmungen des §. 646 a. a. O. auf Beschlüsse, die mittelst Beschwerde anfechtbar sind, auszudehnen, geht aus §. 703 C.P.O. hervor, wo auf die Zwangsvollstreckung aus

Digitized by Google

dem in §. 702 erwähnten Schuldtitel, also insbesondere auch auf Entscheidungen, gegen welche das Rechtsmittel der Beschwerde stattfindet (§. 702 Ziff. 3), nur die §§. 662—701 anwendbar erklärt sind, also von Anwendbarkeit des §. 646 nicht die Rede ist.

Auch die Gründe des Gesetzes sprechen nicht für eine solche Ausdehnung, denn die Bestimmungen des §. 646 a. a. O. sind hauptsächlich im Hinblicke darauf gegeben, daß Urtheile der Regel nach (§§. 644 und 645 C.P.O.) vor Ablauf der für die Einlegung von Rechtsmitteln bestimmten Frist nicht vollstreckbar sind, während die Beschwerde, einzelne Fälle ausgenommen, aufschiebende Wirkung nicht hat (§. 535 C.P.O.). Auf §. 646 a. a. O. kann sich daher der Beschwerdeführer nicht berufen. Soweit etwa nach der dem Gerichtsschreiber im Allgemeinen zugewiesenen Stellung derselbe verpflichtet sein mag, in Fällen, wie der vorliegende, Auskunft zu ertheilen, wäre dieser Verpflichtung genügt, Grund zur Beschwerde also nicht gegeben.

Entsch. Sen. 2 des Oberlandesgerichts W. $^{82}/_{84}$ sowie des Reichsgerichts Sen. 4 in Sachen Friedrich gegen Stern.

Digitized by Google

C. Miscellen.

I. Entscheidungen des Großherzogl. Oberlandesgerichts zu Darmstadt zu Buch I, Titel V der Civilprozeßordnung: „Prozeßkosten", zum Gerichtskostengesetze, zu der Gebührenordnung für Zeugen und Sachverständige und der Gebührenordnung für Rechtsanwälte.

Mitgetheilt von Herrn Gerichtsassessor Dr. Mayer in Darmstadt.

1. Civilprozeßordnung.

a. Grundsätze des Oberlandesgerichts bei Beurtheilung der Zweckentsprechendheit der Zuziehung eines auswärtigen Rechtsanwalts, als Voraussetzung für die Erstattungspflicht der Reisekosten desselben. (§ 87, Abs. 2, C.P.O.) In einer wegen Abstrichs dieser Kosten an das Oberlandesgericht verfolgten Beschwerdesache hat dasselbe die Zurückweisung der Beschwerde, wie folgt, begründet:

Wenn auch nach § 87, Abs. 2. C.P.O. in allen, also auch in amtsgerichtlichen Prozessen die Gebühren und Auslagen des, von der Partei nach unbeschränkter Willkühr zu wählenden Anwalts von Rechtswegen zu den nothwendigen, und deßhalb, mit Ausschluß des richterlichen Ermessens, zu ersetzenden Kosten gehören, so tritt doch dieses Ermessen in Ansehung der Reisekosten unbedingt in Kraft. Dieses Ermessen erstreckt sich nach dreifacher Richtung:

1. ob überhaupt die Zuziehung eines Anwalts mit Rücksicht auf die Einfachheit der Sache als nothwendig zu erachten war;

2. ob speciell für den Verhandlungstermin, in welchem der Anwalt erscheint, eine anwaltliche Vertretung nothwendig war; und

Digitized by Google

3. ob mit Rücksicht auf die Thatsache, daß am Sitz des Amtsgerichts ein Anwalt domicilirt ist, die Zuziehung eines auswärts wohnenden Anwalts als nothwendig im Sinne des Gesetzes betrachtet werden kann?

cf. Seuffert's Comm. zu § 87 Aufl. 2.

Wenn nun auch im vorliegenden Fall (ad 1) der Gegenstand des Streits nicht zu den ganz einfachen, die anwaltliche Vertretung überhaupt unnöthig machenden gerechnet werden mag, so kann es doch (ad 2) keinem Zweifel unterliegen, daß der zur Ausschwörung des bedingt auferlegten Eides anberaumte Termin eine anwaltliche Vertretung nicht nöthig machte, da Beklagter sich vorher, — sei es auch nach näherer Berathung mit seinem Anwalt, — darüber schlüssig zu machen hatte, ob er den Eid auszuschwören in der Lage sei, und da nach Ausschwörung des Eides nichts weiter erforderlich war, als der Antrag, dem bedingten Urtheil gemäß Enderkenntniß zu erlassen, wozu eine anwaltliche Vertretung absolut nicht erforderlich war. Hieran wird auch dadurch Nichts geändert, daß die Ladung zum Schwurtermin zugleich eine Ladung zur weiteren mündlichen Verhandlung enthält, da der Anwalt sich sagen mußte, daß eine weitere Verhandlung nach Ausschwörung des Eides, abgesehen von dem Antrag auf Urtheil, nicht eintreten konnte.

Aber auch mit Rücksicht auf die (ad 3) erwähnte Thatsache, daß am Ort des Prozeßgerichts ein Anwalt domicilirt ist, hat das Gericht seine Ansicht dahin festgestellt, daß die Möglichkeit für eine Partei, sich des Raths eines am Gerichtssitz domicilirten Anwalts zu bedienen, — vorausgesetzt, daß derselbe nicht bereits von der Gegenpartei in Anspruch genommen wurde — und die hierdurch gegebene Wirkung des Wegfalls von anwaltlichen Reisekosten, zu dem für das richterliche Ermessen maßgebenden Schluß berechtigt daß die Reisekosten des zugezogenen auswärtigen Anwalts da sie vermieden werden konnten, nicht zu den nothwendigen Kosten im Sinne des Gesetzes zu rechnen sind." (Entsch. des O.L.G. 1. C.S. W. 73/84.). —

In ähnlichem Sinne wurde in einer anderen Beschwerdesache, speziell auch betr. Zweckentsprechendheit der Zuziehung eines auswärtigen Anwaltes, wenn am Gerichtssitze weder ein Anwalt, noch die Partei selbst domicilirt ist, entschieden:

Digitized by Google

„Das freie richterliche Ermessen über die Zweckentsprechendheit der Zuziehung eines auswärtigen Anwaltes ist auch in den Fällen nicht ausgeschlossen, in welchen, wie in dem vorliegenden, Anwälte am Sitze des Gerichtes nicht vorhanden, die Partei selbst aber auch nicht dort domicilirt ist, indem das Gesetz mit Absicht dießbezügliche Einschränkungen früherer Gesetzgebungen, z. B des preußischen Anwaltsgesetzes vom 12. Mai 1851, nicht aufgenommen hat, cf. Begründung des Entwurfs einer Civilprozeßordnung und des Einführungsgesetzes zu § 85. (§ 87. C.P.O.). Im vorliegenden Falle kann nun die unverhältnißmäßig hohe Kosten verursachende Zuziehung eines auswärtigen Anwaltes zur Erreichung des im Termine vom 26. allein noch in Betracht kommenden Zweckes, der Verurtheilung des Beklagten zur Zahlung der Restsumme von 1,44 M. und etwa 13 M. Kosten, als zweckentsprechende Rechtsverfolgung nicht bezeichnet werden.

cf. Seuffert, Civilprozeßordnung (2. Auflage) Anm. 5a zu § 87. Entsch. des O.L.G. 1. C.S. W. 67/84.

In einer anderen Sache sprach sich der 2. C.S. bei Würdigung der Frage, ob überhaupt — nach der Beschaffenheit des Rechtsstreits — die Zuziehung eines (auswärtigen) Anwalts nöthig war, dahin aus:

„Das Prozeßinteresse ist nur das directe und unmittelbare Interesse am Ausgange des Prozesses, in concreto achtzig Pfennig und Kosten, nicht aber, was sich sonst daran knüpft. Noch weniger rechtfertigt sich die Herbeiziehung des auswärtigen Anwalts durch angeblich mangelndes Vertrauen zu den Rechtspraktikanten. Die ängstliche Vorsichtigkeit in einer Bagatellsache braucht der Gegner nicht zu bezahlen." (Entsch. des O.L.G. 2. C.S. W. 72/84.)

b. Betreffs der Frage, ob Ansprüche der obsiegenden Partei für Zeitversäumniß wegen der Gänge zum Anwalte, der Anwesenheit bei auswärtigen Terminen u. s. w. auf Grund des § 87, Abs. 1 C.P.O. zu erstatten seien, hat das Oberlandesgericht, in Uebereinstimmung mit der Rechtsprechung des Reichsgerichts — cf. Juristische Wochenschrift von 1884, Nr. 1, Seite 8. I, 4. — in einer Reihe von Fällen, in letzter Instanz, dahin entschieden, daß unter den „erwachsenen Kosten" nur der wirk-

Digitized by Google

liche Aufwand aus dem Vermögen zum Zwecke der Prozeßführung verstanden werden könne, Ansprüche der oben bezeichneten Art, überhaupt wegen entgangenen Gewinnes, nach den Grundsätzen über Ersatz widerrechtlich zugefügten Schadens durch besondere Klage geltend zu machen seien. (Entscheidungen des Oberlandesgerichts, 1. C.S. W. 43/84, W. 44/84, W. 66/84, W. 67/84, W. 68/84.)

2. Gerichtskostengesetz.

a. Werthsberechnung (§§ 9 ff. G.K.G.; §§ 3—9 C.P.O.):

Ist bei der Werthsberechnung des Rechts auf wiederkehrende Nutzungen oder Leistungen dem nach § 9 C.P.O. § 9 G.K.G. zu findenden Betrage der Betrag für eingeklagte rückständige Renten hinzuzurechnen? Hierüber bemerken die Gründe eines, die Beschwerde wegen Nichthinzurechnung verwerfenden Beschlusses des 2. C.S. (W. 118/83.): „Nach § 4 C.P.O. bleiben Nutzungen bei der Werthsberechnung unberücksichtigt, wenn sie als Nebenforderungen geltend gemacht werden. Ein Unterschied zwischen zur Zeit der Klagerhebung rückständigen und im Laufe des Prozesses fällig werdenden Nutzungen ist nirgends gemacht. Ob nun rückständige Nutzungen als Haupt- oder als Nebenforderungen eingeklagt sind, ist eine, in jedem einzelnen Falle zu entscheidende Frage.

cf. Endemann, „der deutsche Civilprozeß" (1878) Bd. I zu § 4 C.P.O. II, Seite 227 u. 228.

Ausschlaggebend dafür ist, ob die betr. Nutzungen in „einer und derselben Klage mit einem Hauptanspruche, sodaß sie nur mit diesem stehen und ohne diesen fallen" sollen geltend gemacht werden.

cf. Seuffert, Civilprozeßordnung Anm. 1 zu § 4. Endemann, l. c.

In letzterem Falle bleiben sie bei der Werthsberechnung außer Betracht.

cf. Pfafferoth (3. Aufl.) zu § 9 G.K.G. (S. 38. Anm. 1 zu § 9 C.P.O.)

Im vorliegenden Falle ist umsomehr anzunehmen, daß die Forderung der zur Zeit der Klageerhebung rückständigen Rente nur als Nebenforderung geltend gemacht werden wollte, jeden-

Digitized by Google

falls aber nicht als eine besondere, selbstständige Forderung, da ein besonderer Rechtsgrund für dieselbe — etwa negotiorum gestio — nicht ausgeführt, nicht einmal ein getrennter Klageantrag gestellt wurde.

Seuffert l. c. Anm. 1 zu § 9 C.P.O. —

Das Oberlandesgericht hatte auf Beschwerde den Werth des Streitgegenstandes in einer die Ertheilung einer Quittung betreffenden Rechtssache (W. 11/83) als einer nicht vermögensrechtlichen auf 200 M. festgesetzt, von der Erwägung ausgehend, daß ein derartiger Anspruch in der Regel zwar ebenso als vermögensrechtlicher anzusehen sei, wie der auf Zahlung der Summe gerichtete, vorliegend aber eine Ausnahme eintrete, weil die Zahlung der Summe, worüber Quittung verlangt worden, vor Anstellung der Klage, wie im Prozesse nie geläugnet worden sei. Das Reichsgericht verwarf diese Anschauung. „Was ein nicht vermögensrechtlicher Anspruch gemäß § 10 G.K.G. sei, bestimmt sich nach dem, was die C.P.O. unter „vermögensrechtlichen" Ansprüchen versteht. Aus der Begriffsbestimmung, welche die C.P.O. in den §§ 21. 24. 508. 649, mit dem Ausdruck „vermögensrechtlicher Anspruch" verbindet, geht deutlich hervor, daß darunter alle mittelst richterlichen Ermessens in Geld aufzulösenden Ansprüche zu verstehen sind, sodaß den Gegensatz nur diejenigen Ansprüche bilden, also nur diejenigen unter die „nicht vermögensrechtlichen" fallen, welche, wie Statusklagen, Ehesachen 2c. lediglich das Personen- und Familienrecht betreffen. Hiernach kann die, dem Obligationenrechte angehörende Forderung der Ausstellung einer Quittung nach freiem richterlichem Ermessen (§ 3 C.P.O.) ebenso leicht gewerthet werden, wie andere Ansprüche von unbestimmtem Geldwerth. Andrerseits kann aber auch nicht der ganze Betrag der Forderung über deren unzweifelhaft erfolgte vollständige Zahlung die streitige Quittung verlangt wird, als Streitgegenstand bezeichnet werden, es ist derselbe vielmehr in Anbetracht der konkreten Verhältnisse auf 500 M. zu taxiren". (R.G. B. III 21/83.) —

Werthsberechnung einer Feststellungsklage. (§ 231 C.P.O.).

Geklagt war auf Anerkennung des Rechtsverhältnisses, daß durch 8 Jahre hindurch jährlich $^1/_8$ der Schuldsumme zu zahlen

Digitized by Google

sei, sowie gleichzeitig auf Zahlung der beiden ersten, zur Zeit der Klagemittheilung angeblich fälligen Ziele mit Zinsen. Bekl. Seits wurde behauptet, daß erst nach Ablauf einer 8jährigen Zahlungsfrist zu zahlen sei. Als Werth des Streitgegenstandes wurde der Betrag der beiden eingeklagten Ziele demjenigen der eingeklagten Zinsen plus dem interusurium der 6 letzten Ziele festgesetzt. (Entsch. des O.L.G C.S. I zu U. 307/83). —

Was sind „Kosten als Nebenforderungen ohne den Hauptanspruch" im Sinne des § 13, erster Absatz G.K.G., im Gegensatz zu „Kosten des Rechtsstreits ohne den Hauptanspruch" im Sinne des § 13, dritter Absatz G.K.G.? Hierüber sagen die Gründe eines Beschlusses des 1. C.S. auf Beschwerde: (W. 43/83): „Nachdem durch Anerkennung und das Theilurtheil die ausgeklagte Hauptforderung aus der weiteren contradiktorischen Verhandlung ausgeschieden ist, bilden deren Gegenstand nur noch die Zinsen und die Kosten des Rechtsstreits. Für die Gebühr in Ansehung der streitig gebliebenen Zinsen ist der Absatz 1 des § 13 maßgebend. Dagegen wurden die Kosten des Rechtsstreits mit Unrecht neben den Zinsen der Werthsberechnung zu Grunde gelegt. Die Bestimmung des § 13 Abs. 1 G.K.G., wonach

> „für Akte, welche Früchte, Nutzungen, Zinsen, Schäden oder Kosten, als Nebenforderungen ohne den Hauptanspruch betreffen, der Werth der Nebenforderungen maßgebend ist",

bezieht sich in Betreff der darin erwähnten Kosten auf den Fall, daß die Kosten den Gegenstand eines zu begründenden Anspruchs auf Ersatz bilden, die also ohne Antrag nicht zuerkannt werden können. Dagegen die Kosten des Rechtsstreits selbst, in Ansehung deren ein Antrag auf Verurtheilung nach § 279 C.P.O. nicht erforderlich ist, fallen nicht unter die Bestimmung des Abs. 1, vielmehr bezieht sich auf diese der Abs. 3. Hiernach kann der Betrag der Kosten des Rechtsstreits — die ein annexum des Streitgegenstandes bilden — nur dann bei der Gebühr in Betracht gezogen werden, wenn sie allein für sich in Betracht kommen, wenn also der Prozeß lediglich zu dem Zweck fortgeführt wird, um eine Entscheidung darüber, wer die Kosten des

Digitized by Google

Rechtsstreits zu tragen hat, zu erwirken. Es würde offensichtlich die Bestimmung im Abs. 3. ganz überflüssig gewesen sein, wenn man die Kosten des Rechtsstreits unter den im Abs. 1 als Nebenforderung aufgeführten „Kosten" begreifen wollte. Zu dieser Auffassung muß man auch gelangen, wenn man erwägt, daß, nach Ausscheidung der Hauptforderung aus der Verhandlung, in Ansehung des Zinsanspruchs der bis dahin bestandene Gegensatz zwischen Nebenforderung und Hauptforderung hinweggefallen ist und nunmehr der Zinsanspruch gegenüber den Prozeßkosten, entsprechend der Ausdrucksweise in § 94 C.P.O., zur Hauptsache wurde. Diese prinzipielle Erwägung wird auch dadurch nicht entkräftet, daß sich, mit Rücksicht auf die Größe der Prozeßkosten, die Gebühr möglicherweise höher berechnen würde, wenn nur noch wegen der Kosten des Rechtsstreits die Verhandlungen fortgeführt worden wären, als wenn sie sich daneben noch auf Zinsen erstrecken, da dieser thatsächliche Umstand die Anwendung des gesetzlichen Prinzips nicht alteriren kann." —

Wie berechnet sich der „Betrag der Kosten" „für Akte, welche die Kosten des Rechtsstreits ohne den Hauptanspruch betreffen"? (§ 13, Abs. 3. G.K.G.)

Nachdem der Rechtsstreit im ersten Verhandlungstermine in der Hauptsache erledigt worden war, wurde nur wegen der Kosten weiter contradiktorisch verhandelt und entschieden. Bei der demnächstigen Kostenfestsetzung legte das Landgericht der Gebührenberechnung für letztere Akte den ungefähren Betrag der gesammten Kosten des Prozesses als Werth des Streitgegenstandes zu Grunde, subsumirte dieselben jedoch unter eine niedrigere Werthsklasse, als beantragt war. Die aus letzterem Grunde verfolgte Beschwerde wurde mit folgender Begründung zurückgewiesen. „Derjenige Theil der Prozeßkosten, welcher erst durch die Akte, welche „die Kosten des Rechtsstreits ohne den Hauptanspruch betreffen" entsteht, fällt selbstverständlich nicht unter den nach § 13, Abs. 3 G.K.G. maßgebenden „Betrag der Kosten," erscheint diesem letztgenannten „Betrag der Kosten" gegenüber vielmehr wiederum als „Nebenforderung" im Sinne des § 4 C.P.O., welcher für die Werthsberechnung unberücksichtigt zu bleiben hat, indem für die entgegengesetzte Auffassung im Wortlaute des Gesetzes keinerlei Anhaltspunkte gegeben sind und die

Digitized by Google

Ausführung derselben, bei dem alsdann vorhandenen Mangel eines *feststehenden Grundfaktors* für die Werthsberechnung, zu auffallenden Consequenzen führen würde. Unter diesem Gesichtspunkte erscheint der Beschwerdeführer durch die Subsumirung des Werths des Streitgegenstandes unter die von dem Landgerichte angenommene Werthsklasse nicht beschwert." (Entsch. des O.L.G. C.S. I W. 55/84.) —

Die Abänderung der gerichtlichen Werthsfestsetzung von Amtswegen ist nur bis zum Schlusse des Verfahrens zulässig. (G.K.G. § 16). Vor Erhebung der Klage waren zwei Anträge auf Sicherung des Beweises gestellt und dem einen stattgegeben, der andere verworfen worden. Zur Berechnung der Gebühren des § 36 G.K.G. fand eine als „vorläufige" bezeichnete Werthsfestsetzung auf 2000 M. statt. Nachdem später Klage auf einen höheren Betrag erhoben worden war, wurde die Werthsfestsetzung von Amtswegen geändert und Nacherhebung der Differenz zwischen der erhobenen und der nach der neuen Festsetzung sich ergebenden höheren Gebühr angeordnet. Auf erfolglose Erinnerung gegen den Kostenansatz wurde der gegen diese Entscheidung verfolgten Beschwerde mit folgender Begründung stattgegeben:

„Die Beschwerde mußte insoweit sie die *nachträgliche* Erhöhung der Gerichtskostengebühren von Amtswegen zum Gegenstand hat, für begründet erachtet werden, und zwar mit Rücksicht auf die Bestimmung des § 16 des Gerichtskostengesetzes. Wenn dieser Paragraph im Schlußsatz anordnet, daß die Festsetzung der Gerichtskosten von dem Gerichte, welches dieselbe getroffen hat, sowie von dem Gericht der höheren Instanz „*im Laufe des Verfahrens*" von *Amtswegen* geändert werden kann, so folgt daraus, daß eine solche amtliche Aenderung der Kostenansätze nach *Beendigung* des Verfahrens nicht mehr zulässig ist. Jene Gesetzesvorschrift ist bei Berathung des Gerichtskostengesetzes in der Reichstagskommission absichtlich in den Text aufgenommen worden, um den durch die nachträglichen Aenderungen der Kostenfestsetzung sich ergebenden Mißständen zu begegnen, sollte derselben auch ein unrichtiger Werthmaßstab zu Grund gelegen haben. Der Lauf des Verfahrens endete aber in der causa I mit Schlusse der Beweisaufnahme, und

Digitized by Google

in der causa II mit der vom Amtsgericht verfügten Zurückweisung des Antrags bezw. mit der Bestätigung dieser Verfügung in zweiter Instanz. Die nach diesem Zeitpunkt, in Folge der inzwischen von einem der Erbcompetenten erhobenen Klage und der dadurch gegebenen Einsicht in den Werth des Streitgegenstandes, von Amtswegen angeordnete Erhöhung der Gerichtskosten ist hiernach mit dem Gesetz nicht vereinbar. Diese nachträgliche Erhöhung wird auch dadurch nicht gerechtfertigt, daß die ursprüngliche Festsetzung auf die im Tenor des Beschlusses bezeichneten Beträge nur als eine „vorläufige" bezeichnet wird, da das Gesetz eine solche Unterscheidung zwischen vorläufigen und definitiven Festsetzungen bezw. eine darauf gestützte Reservation nicht kennt. — Bei dieser Sach- und Rechtslage war die ausgesprochene Reformation geboten. Dieselbe würde vermieden worden sein, wenn das Gericht vor Festsetzung der Kosten nach Maßgabe des § 9 des G.K.G. bezw. § 3 der C.P.O. sich auf geeignetem Weg über den Werth des Streitgegenstandes, in Ansehung dessen die Beweisaufnahme beantragt wurde, vergewissert hätte, da die Ansicht des klägerischen Vertreters, daß der Gegenstand des Sicherungsbeweises nach §. 10 des G.K.G. als ein nicht vermögensrechtlicher Anspruch zu betrachten sei, unhaltbar ist, weil zu den nicht vermögensrechtlichen Ansprüchen nur Status- und Familienrechte gehören" (Entsch. des O.L.G. 1. C.S. W. 134/83). —

b. Schreibgebühren (Nr. 79, 1. 80, 80a. G.K.G.). Für die nach § 506, Abs. 2. C.P.O. zu fertigende beglaubigte Abschrift des in der Berufungsinstanz erlassenen Urtheils sind Schreibgebühren zu erheben. Hierüber besagen die Gründe eines Beschlusses des Reichsgerichs (B III 27/83):

„Durch Generalausschreiben vom 22. Mai 1882 hat das Großherzoglich Hessische Ministerium des Innern und der Justiz die Justizbehörden angewiesen, für die nach § 506 Absatz 2 der Civilprozeßordnung dem Gerichtsschreiber erster Instanz mitzutheilende Abschrift des in der Berufungsinstanz erlassenen Urtheils fernerhin keine Schreibgebühren zu erheben, da diese Abschrift zu den in § 80a Ziffer 1 des deutschen Gerichtskostengesetzes erwähnten Ausfertigungen gehöre. Demgemäß ist in der rubrizirten Sache der Ansatz von Schreib-

Digitized by Google

gebühren für die Abschrift des Berufungsurtheils vom 24. November 1882 in der unterm 11. Dezember v. J. aufgestellten Kostenrechnung unterblieben. Unter Bezugnahme auf die Entscheidung des Reichsgerichts dritten Civilsenats Bd. VI. Nr. 106 S. 354 u. ff. hat der Gerichtskostenrevisor hiergegen Erinnerung bei dem Großherzoglichen Oberlandesgerichte mit dem Antrage auf nachträgliche Erhebung von 2 M. 40 Pf. Schreibgebühren für jene Abschrift eingereicht und, nachdem das Berufungsgericht durch Beschluß vom 24. Februar d. J. diese Erinnerung zurückgewiesen, der Oberstaatsanwalt am Großherzoglichen Oberlandesgerichte Beschwerde verfolgt.

Diese Beschwerde war für begründet zu erachten.

Zwar kann die Analogie des Beschlusses des Reichsgerichts vom 17. Februar 1882 in Bd. VI. Nr. 106 der Entscheidungen in Civilsachen nicht zur Rechtfertigung der Beschwerde angezogen werden, da es sich dort um die Berechnung von Schreibgebühren für die nach § 342 der Civilprozeßordnung von dem Gerichtsschreiber auszufertigenden Ladungen von Zeugen, also für von Amtswegen zu bewirkende Zustellungen handelte, während hier eine dem Gericht (Gerichtsschreiber) erster Instanz von Amtswegen mitzutheilende Abschrift in Frage steht. Allein diese Abschrift erscheint nicht als eine solche der Verhandlung oder Entscheidung über die Prozeß- oder Sachleitung, für welche nach § 47 Ziffer 1 des Gerichtskostengesetzes Gerichtsgebühren außer Ansatz bleiben, sondern als die Ausführung eines nach § 18 Ziffer 3 des Gerichtskostengesetzes gebührenpflichtigen Aktes und wird deshalb von der Bestimmung des Artikel 2 des Gesetzes vom 29. Juni 1881 bezw. dem § 80a des Gerichtskostengesetzes nicht berührt. Zu den prozeßleitenden Anordnungen gehören unter anderen die in § 47 cit. zur Abschneidung von Zweifeln besonders hervorgehobene Bestimmung oder Aenderung von Terminen und Fristen, nicht minder die Ablehnung von Terminsbestimmungen, die Verfügung über Trennung oder Verbindung der Verhandlung mehrerer Ansprüche, die Ladung der Parteien zum persönlichen Erscheinen vor Gericht. Für die Ausfertigung solcher Verfügungen waren nach § 79 Ziffer 1 des Gerichtskostengesetzes Schreibgebühren als baare Auslagen der Gerichte zu erheben. Darin hat das Gesetz vom 29. Juni

Digitized by Google

1881 Artikel 2 durch Einfügung des § 80a zum Gerichtskostengesetz eine Aenderung getroffen, indem es — abgesehen von den in den §§ 4, 6, 16, 45 Ziff. 2 bis 14 und § 57 des Gerichtskostengesetzes vorgesehenen Entscheidungen und Verhandlungen — auch diejenigen über die Prozeß- und Sachleitung nach § 47 Ziff. 1 ibid. von dem ferneren Ansatze von Schreibgebühren ausnahm. Alle sonstigen, in § 80a cit. nicht aufgeführten von Amtswegen anzufertigenden Ausfertigungen und Abschriften, gleichviel ob die Anordnung dazu vom Gericht ausgeht oder deren Ertheilung dem Gerichtsschreiber im Gesetze (der Civilprozeßordnung) selbst auferlegt ist, unterliegen nach wie vor der Berechnung und Erhebung von Schreibgebühren.

Es ist auch kein innerer Grund vorhanden, welcher die Befreiung der dem Gericht erster Instanz mitzutheilenden beglaubigten Abschrift des Berufungsurtheils von Schreibgebühren zu rechtfertigen vermöchte. Zunächst hat regelmäßig der Gerichtsschreiber erster Instanz auf Grund der Prozeßakten die Zeugnisse über die Rechtskraft der Urtheile zu erlassen (§ 646 der Civilprozeßordnung vgl. mit § 35 Ziff. 1 und § 38 des Gerichtskostengesetzes); sodann ist auch für das Gericht erster Instanz zur Beurtheilung seiner Zuständigkeit in gewissen Incidentstreitigkeiten und zur Kostenfestsetzung (§§ 34 und 98 der Civilprozeßordnung), sowie noch in manchen anderen Beziehungen die Kenntniß des Berufungsurtheils nothwendig. Wesentlich aber fällt ins Gewicht, daß die fragliche Abschrift die Bemerkung über die Verkündigung des Urtheils und, wenn vor Rücksendung der Akten von dem Gerichtsschreiber des Berufungsgerichts eine vollstreckbare Ausfertigung ertheilt wurde, auch die Bemerkung hierüber enthalten muß. (§§ 286, 662, 670 der Civilprozeßordnung). Nimmt man hinzu, daß zur Rücksendung der Akten und Ertheilung jener Abschrift die Rechtskraft des Berufungsurtheils nicht abgewartet zu werden braucht und daß die erforderlichen Ausfertigungen des Urtheils auf Grund der übersendeten Abschrift von dem Gerichtsschreiber der ersten Instanz ertheilt werden können (§§ 288, 262 der Civilprozeßordnung und Kommissionsprotokolle S. 247), so ergiebt sich, daß die fragliche Copie nicht zur bloßen Prozeß- und Sachleitung im Sinne des § 47 Ziff. 1 des Gerichtskostengesetzes gehört,

Digitized by Google

vielmehr Alles in sich begreift, was einerseits zur etwaigen weiteren Fortsetzung des Prozesses in erster Instanz, andererseits zur etwaigen Zwangsvollstreckung erforderlich erscheint."

3. Gebührenordnung für Zeugen und Sachverständige.

Betreffs Bemessung der Entschädigung für Zeitversäumniß der Zeugen und Sachverständigen hat das Oberlandesgericht auf Beschwerde eines Zeugen (§ 17, Abs. 3, Gebührenordnung f. Z. u. S.) ausgesprochen: (Entsch. des 2. C.S. W. 1/81) „die Gebührenordnung für Zeugen und Sachverständige gewährt den Zeugen keineswegs volle Entschädigung für gehabten Zeitverlust, sondern lediglich eine von 10 Pfennig bis zu 1 Mark per Stunde, den Tag nicht über 10 Stunden zu berechnen, bis zum Maximalbetrag von 10 M. für den Tag gehende, unter Berücksichtigung des vom Zeugen versäumten Erwerbs innerhalb der bemerkten Grenzen festzusetzende Entschädigung. Zieht man die Qualität des Beschwerdeführers als Dachdeckermeister in Erwägung, so ist die ihm vom Landgericht verwilligte Entschädigung mit 5 M. per Tag im Verhältniß zu dem vom Gesetz festgesetzten Maximalbetrag von 10 M. per Tag durchaus nicht als eine zu geringe zu betrachten. Wenn der Beschwerdeführer geltend macht, daß den anderen Zeugen, dem Bürgermeister und den Beigeordneten höhere Gebührenbeträge zugebilligt worden seien, so liegt der Grund hierfür nicht in Entschädigung für Zeitverlust, die von jenen gar nicht beansprucht und ihnen auch nicht zuerkannt worden ist, sondern in der ihnen gesetzlich zukommenden Vergütung für Tagegelder und Reisekosten."

4. Gebührenordnung für Rechtsanwälte.

a. Darf der Anwalt, der eine schriftliche Klagebeantwortung eingereicht hat, die in § 13 Ziffer 1 der Gebührenordnung für Rechtsanwälte festgesetzte Prozeßgebühr nach dem Werthe des in der Klage angegebenen Streitgegenstandes berechnen, wenn die Klage vor dem Verhandlungstermine durch einen bei dem Vorsitzenden des Landgerichts eingereichten Schriftsatz in der Hauptsache zurückgenommen und die mündliche

Digitized by Google

Verhandlung selbst demnächst auf den Kostenpunkt beschränkt wird?

Das Reichsgericht entschied: „Nach § 9 der Gebührenordnung für Rechtsanwälte werden die Gebühren der Rechtsanwälte nach dem Werthe des Streitgegenstandes erhoben. Auf die Werthsberechnung finden nach § 10 ibid. die Vorschriften der §§ 9 bis 13 des Gerichtskostengesetzes Anwendung und diese verweisen wiederum (§ 9) auf die §§ 3 bis 9 der Civilprozeßordnung. Nach § 4 der letzteren ist aber für jene Berechnung der Zeitpunkt der Erhebung der Klage maßgebend, und wann die Klage als erhoben gilt, bestimmen die §§ 230 und 460 der Civilprozeßordnung.

In Gemäßheit dieser Vorschriften war vor Allem für den Anwalt der Klägerin, bezüglich der Gebührenansätze zunächst der unbeanstandet auf 2100 M. gewürdigte Werth der Grundstücke, wegen welcher die Solennisirung des gerichtlich ausgefertigten Theilzettels verlangt wurde, als in Streit befangen anzusehen und unbedenklich hatte derselbe die in § 13 Ziffer 1 der Gebührenordnung für Rechtsanwälte zugebilligte Prozeßgebühr nach § 9 Ziffer 11 ibid. als die dem Anwalte gesetzlich zustehende Vergütung für seine gesammte Thätigkeit außerhalb der mündlichen Verhandlung anzusprechen. Dasselbe muß aber auch für den Anwalt des Beklagten, in Rücksicht auf den Prozeßbetrieb zum Zwecke der Rechtsvertheidigung, gelten. Zwar hat die Unterlassung der Einreichung einer Klagebeantwortung (§ 244 der Civilprozeßordnung) keine Nachtheile in der Sache selbst zur Folge, falls nur Beklagter in der mündlichen Verhandlung sich erklärt; allein es liegt aus verschiedenen Gründen im Interesse des Beklagten, einen vorbereitenden Schriftsatz einzureichen. Und wenn dies, wie hier, geschehen ist, so hat der Anwalt des Beklagten den Prozeß gerade so außerhalb der mündlichen Verhandlung betrieben, wie der Anwalt des Klägers. Ob die Prozeßgebühr dem ersteren auch in dem Falle zuzugestehen sei, wenn er keinen vorbereitenden Schriftsatz überreicht, liegt außerhalb der Grenzen der gegenwärtigen Entscheidung.

Nun konnte allerdings eine Beschränkung des durch die Klageerhebung fixirten Streitobjects auf die Prozeßkosten durch die Zurücknahme der Klage in der Hauptsache statt-

Digitized by Google

finden und diese Zurücknahme nach § 243 der Civilprozeßordnung ebensowohl schriftlich vor dem Verhandlungstermin, wie durch Erklärung bei der mündlichen Verhandlung erfolgen. Allein zur Wirksamkeit einer Zurücknahme durch Schriftsatz gehört nach dem klaren Wortlaute des Gesetzes die Zustellung jenes Aktes. Eine nur bei dem Vorsitzenden des Gerichts oder sonst außergerichtlich dem Beklagten gegenüber erklärte Zurücknahme ist als solche ganz bedeutungslos; sie bindet nicht den Kläger und erzeugt keine Rechte für den Beklagten. Erst von dem Momente an, als Klägerin vor dem Eintritte in die mündliche Verhandlung erklären ließ, daß sie den Klageanspruch auf die Prozeßkosten beschränke, bildeten letztere daher ausschließlich den Streitgegenstand und war die Verhandlungsgebühr für beide Anwälte nach § 13 Ziffer 2 resp. § 9 Ziffer 3 der Gebührenordnung für Rechtsanwälte anzusetzen. Irgend welche rückwirkende Kraft auf die Bemessung der Prozeßgebühr kann aber jener Erklärung nicht beigelegt werden. Dies Alles ist eine nothwendige Folge des in § 12 des Gerichtskostengesetzes ausgesprochenen, nach § 10 der Gebührenordnung für Rechtsanwälte auch für die Anwaltsgebühren maßgebenden Grundsatzes, daß für Akte, welche einen Theil des Streitobjects betreffen, die Gebühren nach dem Werthe dieses Theils in Ansatz kommen.

Durch die Unterzeichnung des Theilzettels von Seiten des Curators des Beklagten war der materielle Anspruch in der Hauptsache allerdings außergerichtlich beseitigt; der formelle Anspruch (die Klage) in der Hauptsache fand aber erst bei dem Eintritte in jene Verhandlung seine Erledigung und für die im Interesse seines Mandanten bis dahin aufgewendete Thätigkeit ist der Anwalt des Beklagten nach dem Vorausgeschickten nach Maßgabe der Rechtshängigkeit der Streitsache (§ 235 der Civilprozeßordnung) zu honoriren." (R.G.B. III 45/82 zu W. 39/82).

b. Vergleichsgebühr. Volle oder halbe Vergleichsgebühr, wenn eine Vergleichsurkunde zu den Gerichtsakten übergeben wird?

Laut Protokoll hatten die beiderseitigen Anwälte gemeinschaftlich eine Vergleichsurkunde übergeben, mit dem Antrage, den Vergleich als gerichtlichen anzusehen. Die Frage, ob den

Digitized by Google

Anwälten die Gebühr des §. 13, 3. oder des §. 18 A.G.O. zustehe, entschied das Oberlandesgericht dahin: „Die übergebene Vergleichsurkunde enthält nur einen außergerichtlich abgeschlossenen Vergleich und das Gesetz ertheilt dem Gerichte nicht die Befugniß, einen außergerichtlich abgeschlossenen Vergleich auf Antrag der Betheiligten für einen vor Gericht abgeschlossenen zu erklären, um demselben damit die Bedeutung einer Urkunde beizulegen, aus der nach § 702 C.P.O. die Zwangsvollstreckung stattfindet, so daß also hier die in § 18 A.G.O. vorgesehene Herabsetzung der Vergleichsgebühr auf $^5/_{10}$ keine Anwendung erleidet, vielmehr mit Recht die volle Vergleichsgebühr in Anspruch genommen wird." (Entsch. O.L.G. 1. C.S. W. 72/83.)

c. Verhältniß zwischen § 29, 4 und § 30, 2. A.G.O.

Kläger hatte beantragt, den Beklagten zu verurtheilen, ihn, Kläger, als alleinigen Eigenthümer einer Anzahl im Besitze des Beklagten befindlicher Mobilien anzuerkennen und ihm dieselben herauszugeben. Mittelst besonderen Schriftsatzes, von gleichem Datum wie die Klageschrift, hatte er bei demselben Gerichte Anordnung der Sequestration der fragl. Mobilien im Wege vorläufiger Verfügung beantragt. Letzterem Antrage wurde durch Beschluß vom 17. November 1881, der Klagebitte, nach mündlicher Verhandlung, durch Urtheil vom 18. März 1882 entsprochen. Kl. Anwalt nahm die Gebühr des § 30, pos. 2 A.G.O. in Anspruch, das Landgericht strich dieselbe mit Bezugnahme auf § 29, 4. A.G.O. Die hiergegen verfolgte Beschwerde wurde für begründet erachtet, indem ausgeführt wurde: „Wenn der § 29 A.G.O. sagt, daß die in § 13 ibid. benannten Gebühren die gesammte Thätigkeit des Rechtsanwalts von dem Auftrag bis zur Beendigung der Instanz umfassen und als zu solcher Instanz gehörend unter Nr. 4 des hier in Rede stehende Verfahren nennt, so rechnet er es doch nur dazu, soferne es mit dem Verfahren in der Hauptsache verbunden ist, während der § 30 l. c. für das fragliche Verfahren, wenn es von dem Verfahren in der Hauptsache getrennt ist, die Erhebung besonderer Gebühren zuläßt. Die Motive sagen zu § 29, 4, im Falle der Verbindung des Arrestverfahrens mit der Hauptsache erscheine das Arrestverfahren als Incidentpunkt in der-

Digitized by Google

selben. In Folge davon war man in der Reichstagscommission der übereinstimmenden Ansicht, daß die bemerkte Bestimmung des § 29 den Fall im Auge habe, wenn das Arrestgesuch im Hauptverfahren nur nebensächlich, zugleich mit der Hauptsache in denselben Schriftsätzen und in derselben Verhandlung verhandelt werde, während die Bestimmung des § 30 Nr. 2 in dem Falle eintrete, wo von der Hauptsache, einerlei ob dieselbe bereits anhängig sei oder nicht, getrennt verhandelt werde. Der Entwurf hatte in § 30, Abs. 2 bestimmt, daß die Prozeßgebühr in den Fällen des Nr. 2 auf die Prozeßgebühr des Rechtsanwalts in der Hauptsache aufzurechnen sei. Diesen Satz hatte die Reichstags-Commission, als zu weit gehend, gestrichen und durch den jetzigen Wortlaut ersetzt. Das hier in Rede stehende Verfahren ist abgesondert von der Hauptsache in besonderem Schriftsatze beantragt, nicht mit der Hauptsache verhandelt und gesondert von derselben entschieden worden. Kläger hatte auch ein wohlbegründetes Interesse daran, über die hier in Rede stehende Maßregel schleunigst entschieden und die Entscheidung nicht bis zu der, der Natur der Sache nach erst viel später eintretenden Entscheidung in der Hauptsache verschoben zu sehen. Es erscheint hiernach der Ansatz besonderer Prozeßgebühr, im Hinblick auf § 23 A.G.O. zu drei Zehntheilen der vollen Gebühr, vollkommen gerechtfertigt." (Entsch. des O.L.G. 2. C.S. W. 113/82.)

d. Können noch nicht entstandene Auslagen (§§ 76 ff A.G.O.) Gegenstand der Kostenfestsetzung sein?

Das Oberlandesgericht entschied: „Was den Abstrich des Ansatzes für künftige Abrechnung mit Mandanten und Geldsendung mit je 30 Pf. Porto betrifft, so ist überhaupt nicht klar, welche Abrechnung und Geldsendung damit gemeint sein soll. Sollte eine für den Mandanten des Anwalts mit dem Gegner zu vollziehende Abrechnung und eine an letzteren zu bewirkende Geldsendung gemeint sein, so hat das Landgericht diese Beträge mit Recht gestrichen. Wenn auch noch nicht entstandene Kosten, von denen aber gewiß ist, daß sie nothwendig entstehen (wie z. B. Zustellungsgebühren), Gegenstand einer Kostenfestsetzung sein können, so gilt dies doch nicht von Kosten, von denen es noch ungewiß ist, ob sie überhaupt entstehen. Dies ist aber bei den berechneten

Digitized by Google

Kosten der Fall, da der Kläger wie der Beklagte die Berechnung bezw. Abrechnung selbst vornehmen und den Betrag der noch zu bezahlenden Forderung persönlich entrichten und in Empfang nehmen können. Sollte aber eine Abrechnung des Anwalts mit seinem Mandanten und eine Geldsendung an ihn erforderlich sein — obwohl ein Grund hierfür nicht ersichtlich ist — so hat der Kläger die hierdurch entstehenden Kosten nicht zu ersetzen." (Entsch. d. O.L.G. 1. C.S. W. 43/83.)

e. Erstattung der Gebühr für Erhebung und Ablieferung von Geldern? (§ 87 A.G.O.)

In einer Beschwerdesache (W. 58/83) wurde vom 2. C.S. entschieden: „Der Ansatz von Zählgebühren erschien nicht gerechtfertigt; die Erfüllung der streitigen Verbindlichkeit, resp. die Empfangnahme der geschuldeten Geldsumme ist nach der Civilprozeßordnung (cf. Motive von 1874 zu § 75 [§ 87 C.P.O.]) als eine außerhalb des Rechtsstreits liegende Handlung anzusehen und gehören die durch eine deßfallsige Beauftragung des Rechtsanwalts entstehenden Kosten nicht zu den, nach § 87 C.P.O. der Gegenpartei zu ersetzenden nothwendigen Kosten." Auf Beschwerde sagte das Reichsgericht: „Mit Recht nimmt das Oberlandesgericht an, daß der Anwalt der obsiegenden Partei, wenn derselbe von dem Gegner die geschuldete Geldsumme in Empfang nimmt, gesetzlich nicht befugt sei, von dem letzteren nachträglich Gebühren für Erhebung und Ablieferung des Geldes zu fordern. Ob der Prozeßbevollmächtigte der Klägerin, wie er vermeint, auf Grund des § 87 Abs. 3 der Gebührenordnung für Rechtsanwälte berechtigt gewesen wäre, alsbald bei Empfangnahme der Zahlung die Zählgebühren abzusetzen, kann dahin gestellt bleiben, da dieser Fall nicht eingetreten ist." (R.G. B. III 58/83). —

II. Entscheidungen des Großh. Oberlandesgerichts zu Darmstadt zu Buch I, Titel VII der Civilprozeßordnung: „Armenrecht."

Mitgetheilt von Herrn Gerichtsassessor Dr. Mayer in Darmstadt.

1. Greift der § 271, erster Absatz, Civilprozeßordnung, wonach die Parteien sich aus den

Digitized by Google

Prozeßakten durch den Gerichtsschreiber Ausfertigungen, Auszüge und Abschriften ertheilen lassen können auch in Armensachen uneingeschränkt Platz?

Das Oberlandesgericht entschied (zu U. 137/81), daß die Vorschrift des § 107 C.P.O. das Ermessen des Gerichts nicht hindere, ob es im einzelnen Falle behufs der Instruktion des bestellten Armenanwalts erforderlich sei, demselben Abschriften aus den Akten fertigen zu lassen, oder ob zu diesem Zwecke die Einsichtnahme der Akten durch den Anwalt genüge. Das Reichsgericht bestätigte diese Entscheidung mit folgender Motivirung:

„Nach § 271 der Civilprozeßordnung können die Parteien von den Prozeßakten Einsicht nehmen und sich aus denselben durch den Gerichtsschreiber Ausfertigungen, Auszüge und Abschriften ertheilen lassen, dem letzteren steht jedoch gemäß § 97 des Gerichtskostengesetzes das Recht zu, die Ertheilung des Schreibwerks von vorgängiger Zahlung eines die Schreibgebühr deckenden Betrags abhängig zu machen. In Armensachen erlangt nun die Partei durch Bewilligung des Armenrechts nach § 107 der Civilprozeßordnung die einstweilige Befreiung von der Berichtigung der Gerichtskosten einschließlich der baaren Auslagen, mithin auch von den zu diesen gehörigen Schreibgebühren (§§ 79 und 80 des Gerichtskostengesetzes), und es muß daher die Gerichtsschreiberei den bestellten Officialanwälten auf deren Verlangen der Regel nach kostenfreie Abschriften oder Auszüge aller zur Rechtsverfolgung erforderlicher, bei den Gerichtsakten befindlicher Schriftstücke ertheilen.

Damit ist indessen die Befugniß des Gerichts nicht ausgeschlossen, in den dazu geeigneten Fällen den beigeordneten Offizialanwälten Einsicht der Gerichtsakten auf dem Gerichte oder in der Wohnung der Anwälte zu gestatten und denselben die Anfertigungen von Abschriften und Auszügen zu überlassen. Müssen sich hierbei die Anwälte nach Lage der Sache des Beistandes von Schreibgehülfen bedienen, so erlangen sie dadurch einen Anspruch auf Ersatz der aufgewendeten nothwendigen Schreibgebühren aus der Staatskasse.

Im vorliegenden Falle hatte das Oberlandesgericht dem

Digitized by Google

Beschwerdeführer durch Beschluß vom 10. Mai 1881 die Akten „zur Einsicht beziehungsweise Anfertigung von Abschriften oder Notizen" auf die Dauer von 8 Tagen zugestellt und damit dessen Gesuch um „kostenfreie Abschrift des Zeugenprotokolls vom 26. Februar 1881" stillschweigend verworfen. Hieraus und aus der auf die Eingabe vom 19. Mai 1881 ergangenen Verfügung des Oberlandesgerichts vom 25. ejusd. mußte der Beschwerdeführer entnehmen, daß das Gericht der Ansicht war, es seien für die demnächstige mündliche Verhandlung der Sache in der Berufungsinstanz bloße Auszüge aus den relevanten Aussagen der abgehörten Zeugen hinreichend und es könne der Anwalt die erforderlichen Notizen sich selber machen.

War nach gewissenhafter Erwägung des Anwalts ein Mehreres nöthig und wollte sich derselbe demzufolge einen Anspruch auf Vergütung besonders aufzuwendender Schreibgebühren aus der Staatskasse sichern, so mußte er den Sachverhalt abermals dem Gerichte vortragen und im Falle der Ablehnung Beschwerde führen. Er kann diese aber jetzt nicht mehr, nachdem der Rechtsstreit seine Erledigung gefunden hat, auf Grund des § 530 der Civilprozeßordnung erheben.

Unter diesen Umständen ist auf die Frage, ob eine vollständige Abschrift des Beweisbeschlusses und Zeugenvernehmungs-Protokolls überhaupt als gerechtfertigt anzusehen war, nicht einzugehen." (R.G. B. III. 50/82.) —

In einem anderen Falle (U. 278/83) hatte der Anwalt des Gegners der ber. kl. Armenpartei Abschrift eines Zeugenprotokolles bestellt, die Schreibgebühren bezahlt, später aber Rückzahlung verlangt, indem die Zahlung aus Versehen geschehen sei, da ihm die betr. Abschrift nach § 271, 1. Abs. § 111 C.P.O. einstweilen kostenfrei zu ertheilen gewesen sei. Seine Erinnerung wurde verworfen, da er die fragl. Abschrift begehrt habe, ohne zu bemerken, daß er sie gebührenfrei verlange und sie ihm mit Rücksicht hierauf ertheilt worden sei. Rückerstattung könnte ihm nur dann gewährt werden, wenn ihm die Abschrift zur Rechtsvertheidigung nöthig gewesen und nicht durch Einsicht des betr. Protokolls und kurze Notizen daraus gut hätte ersetzt werden können. Ersteres sei aber hier offenbar nicht der Fall, da einmal der Anwalt schon in erster Instanz der Vernehmung beigewohnt habe und die be-

Digitized by Google

kundeten Thatsachen leicht durch einfache Notizen aus dem Protokolle entnommen und für die Vorbereitung der Sache Seitens des Anwalts hätten fixirt werden können. Das Reichsgericht adoptirte diese Gründe auf verfolgte Beschwerde, indem es noch beifügte, daß die Gerichtsschreiberei, als sie auf Ersuchen des Anwalts, demselben Abschrift der Zeugenprotokolle zufertigte, dem nachträglichen Ermessen des Gerichts, ob diese Abschrift, nach Lage der Sache, zur Rechtsvertheidigung des Beklagten erforderlich sei, nicht habe präjudiciren können. (R.G. B III 40/84.)

2. Können die den Gerichtsdienern nach der Verordnung „die Gerichtskosten und Gebühren betr." vom 18. Januar 1882 (Gebührentarif, zweite Abtheilung, Abschnitt V) und der Bekanntmachung Großh. Ministeriums des Innern und der Justiz „die Gebühren der Gerichtsdiener betreffend" vom 26. Mai 1882 zustehenden Gebühren in Armensachen von dem in die Prozeßkosten verurtheilten Gegner eingezogen werden? (§. 114, erster Absatz C.P.O.)

Die Erinnerung eines in die Prozeßkosten verurtheilten Gegners einer Armenpartei gegen einen solchen Ansatz in der Kostenrechnung wies das Oberlandesgericht zurück, indem es ausführte: „Die Gerichtskosten, von deren Berichtigung die arme Partei einstweilen befreit ist, können von dem in die Prozeßkosten verurtheilten Gegner nach § 114, 1. Absatz C.P.O. eingezogen werden. Unter die Gerichtskosten fallen auch die Gebühren der Beamten (§ 107 Nr. 1 C.P.O.), zu welch' letzteren — im weiteren Sinne — auch die Gerichtsdiener gehören. (cf. Gebührentarif zur Verordnung, die Gerichtskosten und Gebühren betr." vom 18. Januar 1882, zweite Abtheilnng, V.) Nach dieser und § 1 der Bekanntmachung Gr. Ministeriums des Innern und der Justiz, „die Gebühren der Gerichtsdiener betr." vom 26. Mai 1882, haben die Gerichtsdiener für Behändigungen an Rechtsanwälte in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten eine Gebühr von zwanzig Pfennig zu beziehen. Dem in dem letztgenannten § gemachten Vorbehalte, im Zusammenhalte mit §. 4, pos. 4, a ibid. „Gebührenfrei sind von den Gerichtsdienern zu besorgen Zustellungen . . . . . in Armen-

Digitized by Google

sachen", kann aber nur die Auslegung gegeben werden, daß der Gerichtsdiener, insolange eine zahlungspflichtige Partei nicht vorhanden ist, die Zustellung gebührenfrei zu besorgen hat, also nicht etwa einen Anspruch an den Armenanwalt oder die Staatskasse bilden kann, während für die Auffassung, daß für diese Thätigkeit des Gerichtsdieners unbedingt, — ohne Rücksicht auf die Eventualität einer nachträglichen Zahlungspflicht des Gegners der armen Partei oder der Nachzahlungspflicht dieser selbst, und im Gegensatze zu der sowohl den Gerichtsvollziehern, als den Rechtsanwälten, als der Staatskasse selbst in solchem Falle eingeräumten Befugniß (cf. §§ 115, 1. Absatz, 114, 1. Absatz C.P.O.) — Gebührenfreiheit begründet werden sollte, ein innerer Grund nicht erfindlich ist. Eine gesetzgeberische Absicht, die Nachzahlungspflicht auszuschließen, kann auch schon, weil mit dem Reichsrechte in Widerspruch stehend, nicht angenommen werden." (Entsch. des O.L.G. 1. C.S. zu U. 2/84.) —

D. Literarische Anzeigen.

Reichsjustizgesetze.

Um mit den früher als im Erscheinen begriffen aufgeführten Werken zu beginnen, so ist der **Kommentar zur Strafprozeßordnung** von **John** (Bestandtheil der bei Palm u. Enke in Erlangen erscheinenden, von Bezold herausgegebenen „Gesetzgebung des deutschen Reichs mit Erläuterungen") nunmehr bis zum Abschluß der das erste Buch des Gesetzes behandelnden Abtheilung I des Werks (S. XXII. u. 1030 gr. 8°) gediehen und beurkundet, wie wir dies schon früher andeuteten, eine überaus eingehende und zugleich wissenschaftlich gediegene Bearbeitung des Stoffes, welche den besten Erscheinungen auf dem fraglichen Gebiet ebenbürtig an die Seite tritt.

Neue Auflagen anlangend, so erhellt, in welchem Maß sich der bekannte **Kommentar zur Civilprozeßordnung** von **v. Wilmowski und Levy** der verdienten Anerkennung erfreut, daraus, daß die Verlagshandlung von F. Vahlen in Berlin, nachdem kaum die dritte Auflage erschienen war, sich zur Veranstaltung einer vierten, welche

Digitized by Google

diesesmal in zwei Bänden erscheinen wird, genöthigt gesehen hat. Von dieser liegen bis jetzt drei Lieferungen vor, welche überall die unausgesetzt ergänzende und bessernde Hand der so verdienstvollen Verfasser — dieselben haben, was hier eingeschoben werden mag, auch eine sehr gebräuchliche **Handausgabe** der **Civilprozeßordnung** und des **Gerichtsverfassungsgesetzes** auf der Grundlage ihres Kommentars mit einem Anhange, enthaltend die Kostengesetze, (F. Vahlen, Berlin, S. X. u. 498 kl. 8°) veranstaltet — erkennen lassen.

Aehnlich verhält es sich mit dem in gleichem Verlage erschienenen **Kommentar zur Konkursordnung** von v. **Wilmowski**. Hier ist der kaum erschienenen zweiten Auflage die dritte auf dem Fuße gefolgt, ein weiteres Zeichen der vorzüglichen Brauchbarkeit des wiederholt bereicherten, anderntheils in Einzelheiten zweckmäßig gekürzten Werkes.

Nicht mindere Werthschätzung hat auch der bei Beck in Nördlingen erschienene **Kommentar zur Civilprozeßordnung von Dr. Lothar Seuffert** gefunden, indem hier ebenfalls die dritte Auflage mit zahlreichen ganz neu bearbeiteten oder geänderten Erläuterungen, sowie Ergänzungen in Literatur und Rechtsprechung im Erscheinen begriffen ist. Bis jetzt sind von fünf in Aussicht genommenen Lieferungen drei (S. 480 Lexiconoctav) zur Ausgabe gelangt.

Auch von dem, als Bestandtheil der schon oben erwähnten bei Palm u. Enke in Erlangen verlegten, von Bezold herausgegebenen „Gesetzgebung des deutschen Reichs mit Erläuterungen" erschienenen **Kommentar zur Konkursordnung** nebst dem Einführungsgesetz und dem Reichsgesetz vom 21. Juli 1879, betr. die Anfechtung von Rechtshandlungen eines Schuldners außerhalb des Konkursverfahrens von **Dr. Otto von Völderndorff** hat sich eine zweite Auflage nöthig erwiesen, von welcher uns bis jetzt die erste Abtheilung (S. VI u. 691 gr. 8°) vorliegt.

Gleiches gilt endlich auch von der bei unserer letzten Besprechung als in erster Auflage abgeschlossen erwähnten Schrift: Die **Zwangsvollstreckung in Immobilien** mit einem ausführlichen Kommentar in Anmerkungen von Jäckel (F. Vahlen, Berlin). Bis jetzt sind zwei Lieferungen (S. 240, 8°) erschienen.

Digitized by Google

Von ganz neuen größeren Erscheinungen haben wir zunächst zu verzeichnen:

Die **deutsche Civilprozeßordnung** für die Praxis erläutert von **B. Reincke** (H. W. Müller, Berlin, S. VIII und 808 gr. 8°). Dem Verfasser galt es, wie schon der Titel andeutet, darum, eine wesentlich den Zwecken der Praxis angepaßte Erläuterung des Gesetzes zu geben, und hat er deshalb die Vertiefung in Einzelfragen vermieden, vielmehr auf Ermöglichung rascher Uebersicht über das Verfahren Bedacht genommen. Zu diesem Behufe ist der Stoff in sachlicher Beziehung möglichst abgegrenzt, die theoretische Konstruktion auf das zur Grundlegung des Verfahrens Nothwendige beschränkt, zu den bestehenden Kontraversen Stellung genommen, wobei Literatur und Rechtsprechung des Reichsgerichts entsprechende Berücksichtigung gefunden haben. — Ferner:

Die **Strafprozeßordnung für das deutsche Reich** nebst dem Gerichtsverfassungsgesetz und den Einführungsgesetzen zu beiden Gesetzen, nach den Bedürfnissen der Praxis und unter besonderer Berücksichtigung der reichsgerichtlichen Rechtsprechung erläutert von **M. Stenglein**. Bis jetzt liegt nur die erste Hälfte des Werkes (Nördlingen bei Beck, S. IV u. 304 gr. 8°) vor, welche bis zum zweiten Buche des Gesetzes reicht. Wie bei dem eben erwähnten Kommentar zur Civilprozeßordnung, so herrscht auch hier die Absicht, in erster Linie der Praxis zu dienen. Deshalb ist Alles weggeblieben, was dem Uebergang diente oder particularrechtliche Natur hat, andererseits war aber der Verfasser bestrebt, Alles, was Wissenschaft und Praxis für die fortdauernde und allgemeine Anwendung der zu erläuternden Gesetze bisher boten, in möglichst knapper Form darzustellen und auf diese Weise dem Praktiker ein erschöpfendes, auch im Drange der Arbeit zu Diensten stehendes Hilfsbuch zu liefern. Der Art, wie die erste Hälfte des Buchs dieser Tendenz gerecht wird und welche überall den geübten Blick des theoretisch geschulten Praktikers erkennen läßt, kann volle Anerkennung nicht versagt werden. — Zum Schlusse:

Das **Verfahren nach der Reichs-Konkursordnung** erläutert an Beispielen, ein Handbuch für die gerichtliche Praxis und für Konkursverwalter, von **Otto Richter** (H. W. Müller, Berlin, S. VIII u. 267). Zweck des Werkes ist, dem

Digitized by Google

Juristen ein Handbuch für den praktischen Gebrauch, dem Konkursverwalter ein Führer bei Handhabung seines Verwalteramts zu sein, zu welchem Behufe außer den gesetzlichen Materialien die Entscheidungen des Reichsgerichts, die preußischen Landesgesetze entsprechend herangezogen, auch die bekanntesten Kommentare zur Konkursordnung berücksichtigt sind.

Von kleineren, auf einzelne Stoffe der Reichsjustizgesetze bezüglichen Schriften erwähnen wir zunächst zwei im Verlage von F. Vahlen in Berlin erschienene: **Urtheile, Beschlüsse und Verfügungen in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten**, eine Anleitung zur Anfertigung derselben nebst einigen Mustern von **A. Pütter** (S. IV u. 145 8°), und: der **Offenbarungseid im Reichsrecht**, eine wissenschaftliche Abhandlung aus dem Gebiete des praktischen Civilprozeßrechts von **W. Francke**, (S. VIII u. 116 gr. 8°). Bei der erstern liegt die — zweckmäßig durchgeführte — Tendenz zu Grund, die Einheit des Verfahrens auch in der Form der gerichtlichen Entscheidungen und sonstigen Verfügungen zu fördern, die zweite ist eine Monographie, welche in ihrem ersten Theile die Offenbarungseide des Reichsrechts, in dem zweiten das Verfahren bezüglich der eidlichen Offenbarungspflichten des bürgerlichen Rechts erschöpfend behandelt und wesentlich zur Klärung der fraglichen Materie beiträgt.

Sodann zwei aus dem Verlag von H. W. Müller, Berlin: Der **Arrest und die einstweiligen Verfügungen** nach Preußischem Recht von **W. Peters** (S. VIII u. 99 8°), worin der Verfasser, indem er den Stoff in einen allgemeinen Theil (das materielle Arrestrecht und der Arrestprozeß) und speziellen Theil (Arrest auf Forderungen, Personalarrest, Arrest in das unbewegliche Vermögen, Wirkung des Grundstücksarrestes, einstweilige Verfügungen, Vormerkungen) zerlegt, es dem Praktiker, unter Behandlung bedeutsamer Kontroversen, erleichtert, sich im dringlichen Einzelfalle rasch zu orientiren. Und: Das **Kostenfestsetzungsverfahren** und die **deutsche Gebührenordnung für Rechtsanwälte** mit Erläuterungen und Beispielen von **Willenbücher** (S. VIII u. 169 gr. 8°), eine äußerst willkommene Schrift, in welcher an der Hand der Praxis und unter sorgfältiger Benutzung der Literatur und Rechtsprechung die Grundsätze über den fraglichen Stoff zusammengestellt und erläutert sind.

Digitized by Google

E. Literarische Umschau.

Die **Pandekten von H. Dernburg**, ein Werk, dessen hohe Bedeutung wir im Einklang mit den darüber bisher laut gewordenen Stimmen im vollem Maße anerkennen, dessen eingehendere Besprechung wir uns aber bis zu dem Abschlusse des ersten, den allgemeinen Theil und die dinglichen Rechte begreifenden Theils vorbehalten, sind bis zur fünften Lieferung und damit bis zu den Prädialservituten vorgeschritten (Berlin, H W. Müller, S. VII u. 560 gr. 8°), sodaß nur noch zwei Lieferungen zum Abschlusse jenes ersten Bandes fehlen. Der zweite Band wird sodann das Obligationen-, Familien- und Erbrecht bringen.

Das in elegantem Leinwandband mit Golddruck vorliegende Werkchen: Allgemeines deutsches **Handelsgesetzbuch** und allgemeine deutsche **Wechselordnung** nebst Einführungs- und Ergänzungsgesetzen (Ausgabe ohne Seerecht); erläutert durch die Rechtsprechung des Reichsgerichts und des vormaligen Reichs-Oberhandelsgerichts von **Jul. Kasch**, zweite verbesserte Auflage (H. W. Müller, Berlin, S. VII. u. 392) gibt, wie schon der Titel sagt, auch in der neuen Auflage keinen förmlichen Kommentar, sondern nur Erläuterungen durch kurze Bemerkungen, welche wesentlich den Entscheidungen des Reichs-Oberhandelsgerichts und des Reichsgerichts entnommen und gegenüber der ersten Auflage nicht unbeträchtlich vermehrt worden sind. Um leichteres Nachschlagen des Gesetzestextes zu ermöglichen, sind die Erläuterungen an den Fuß der Seiten, nicht wie früher unmittelbar hinter die Gesetzesartikel, gesetzt, auch ist für den Text jetzt größere Schrift gewählt, Besserungen, welche die praktische Brauchbarkeit wesentlich fördern.

Die dritte Auflage des **Puchelt'schen Kommentars zum deutschen Handelsgesetzbuch** (Roßberg in Leipzig) ist jetzt durch Erscheinen der 11. u. 12. Lieferung soweit abgeschlossen, daß nur noch das Register fehlt, welches die Schlußlieferung bilden und gutem Vernehmen nach in Kürze zur Ausgabe gelangen soll.

Die neunte Auflage des bewährten **Kommentars zum allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuch von H. Makower** (Berlin und Leipzig bei Guttentag, S. XXIV und

Digitized by Google

1047 in Lexiconoctavformat) war kaum ausgegeben, als das Gesetz, betr. die Kommanditgesellschaften auf Actien und die Aktiengesellschaften v. 18. Juli 1884, angenommen und verkündigt wurde. Dieser Umstand hat den Verfasser veranlaßt, die kommentatorische Behandlung des letzteren Gesetzes, welche unter anderen Umständen dem Kommentar selbst einverleibt worden wäre, in einem **Nachtrag** zu dem letzteren niederzulegen (Verlag und Ausstattung wie oben, S. 113). Dieser ist ganz im Geiste des Hauptwerks gehalten, indem er das Material, was Sinn und Absicht der gesetzlichen Bestimmungen und insbesondere die dadurch am früheren Recht geschaffenen Aenderungen klar zu stellen geeignet ist, in knapper gesichteter Weise den einzelnen Gesetzestheilen beigibt und damit wesentlich zum Erfassen des bekanntlich nicht leicht verständlichen Gesetzes beiträgt.

Das eben erwähnte neue Gesetz hat auch sonst entsprechende Bearbeitungen gefunden, von welchen eine bereits abgeschlossen vorliegt, während andere zwei noch im Erscheinen begriffen sind. Die erste ist betitelt: Gesetz, betr. die Kommanditgesellschaft auf Aktien und die Aktiengesellschaften vom 18. Juli 1884 mit Erläuterungen von Dr. **Paul Kayser** (Berlin, H. W. Müller, S. VI und 173 gr. 8°) und hat, unter Verzicht auf den ganzen wissenschaftlichen Apparat eines eigentlichen Kommentars, in der Hauptsache die Absicht, den großen Kreis der praktisch beim Gesetze betheiligten Personen rasch mit den Bestimmungen des Gesetzes bekannt zu machen und diese an der Hand der Materialien und der in den verschiedenen Berathungen zu Tage getretenen Auffassungen zu erläutern, wobei die Rechtsprechung des Reichs-Oberhandelsgerichts und des Reichsgerichts überall berücksichtigt ist, sofern sie noch anwendbar bleibt. Wenn die Noten einen größeren Umfang erreichen, geben Marginalschlagworte den Inhalt übersichtlich an, eine Einrichtung, welche auch diesen Kommentar, ähnlich wie denjenigen desselben Verfassers zur Gewerbeordnung zu einem, namentlich für den Praktiker sehr gebräuchlichen Hilfsmittel machen.

Die beiden anderen sind auf wesentlich breiterer Grundlage aufgebaut, indem hier die Verfasser eigentliche Kommentare beabsichtigen: Von der bei K. Heymann, Berlin verlegten Bearbeitung: das Reichs-Gesetz betr. die Kom-

Digitized by Google

manditgesellschaften auf Aktien und die Aktiengesellschaften mit einer Einleitung und Erläuterungen, herausgegeben von **Viktor Ring** liegt bis jetzt die erste Lieferung (S. 112 gr. 8°) vor, während der unter gleichem Haupttitel als Bestandtheil der Bezold'schen, von Palm und Enke, Erlangen, verlegten „Gesetzgebung des deutschen Reichs mit Erläuterungen" erscheinende Kommentar von Dr. **Otto v. Völderndorff** in zwei Lieferungen (S. 528) bis zu Art. 206a gelangt.

Handelsregister und **Firmenrecht** nach deutschem und außerdeutschem Recht von **W. Späing** (Berlin, F. Vahlen S. 108 8°) betitelt sich ein Schriftchen, dessen Zweck ist, den gesetzlichen Quellen der betreffenden Rechtssätze in Deutschland nachzugehen, eine Uebersicht des bezüglichen Rechtszustandes der anderen Länder zu geben, und auf dieser Grundlage die praktische Brauchbarkeit dieses Theils des deutschen Handelsrecht einer Prüfung zu unterziehen.

Von der früher angezeigten Schrift **Erbrecht und Erbschaftsregulirung** sowie internationale Grundsätze und Vertragsbestimmungen in Erbschaftssachen 2c. mit Formularen für Testamente 2c. von **C. Krah**, liegt eine zweite vermehrte Auflage vor. Wie das Vorwort sagt, war es dem Verfasser bei der raschen Folge der zweiten Auflage nicht möglich, die gefundenen Unrichtigkeiten und Lücken in einer Umarbeitung des Werks selbst zu beseitigen, er hat die Verbesserung daher in einem „Anhang" vorgenommen, was aber die Benutzung wesentlich erschwert und deßhalb selbst auf die Gefahr eines Verzugs wohl besser vermieden worden wäre. (Leipzig u. Neuwied, Heuser, S. VII u. 310).

Zu dem von uns seiner Zeit (dritte F. B. II S. 321) erwähnten **Handbuch der internationalen Nachlaßbehandlung** mit besonderer Rücksicht auf das deutsche Reich und die einzelnen Bundesstaaten von Landgerichtsrath **Böhm** ist inzwischen ein Ergänzungsband (Augsburg, Gebr. Reichel S. VII S. 240 gr. 8°) erschienen, welcher, neben Berücksichtigung der einschlägigen seitdem in Kraft getretenen Verträgen des Reichs mit auswärtigen Staaten und der auf dem Gebiete der Gesetzgebung über Nachlaßbehandlung eingetretenen Veränderungen, auch

Digitized by Google

die in den einzelnen Staaten bezw. Rechtsgebieten geltenden gesetzlichen Erbfolgeordnungen einschließlich der Rechte des überlebenden Ehegatten beifügt. Es ist dies eine für den Praktiker, welcher bei Sterbfällen von Ausländern rascher Orientirung bedarf, sehr willkommene Ergänzung des von uns schon früher und jetzt umsomehr empfohlenen Handbuchs, welches auch in dieser Erweiterung sorgfältige und gewissenhafte Benutzung der Gesetzessammlungen und der sonst zu Gebot gestandenen Quellen überall erkennen läßt.

Die bekannten **Eger'schen Kommentare**, auf deren Vorzüge wir mehrfach hingewiesen, haben das Glück durch neue Auflagen stets auf dem Laufenden erhalten werden zu können. Dermalen liegt uns die — übrigens schon einige Zeit erschienene — zweite vermehrte Auflage des Kommentars zum Reichsgesetz über den **Unterstützungswohnsitz** vor (Breslau, J. U. Kern, S. XX u. 466), welche wesentliche Umarbeitungen und Erweiterungen erkennen läßt. Namentlich sind die Rechtsprechung des Bundesamts für das Heimathwesen, die Literatur des Armenrechts und die neuen Gesetze, Verordnungen und Ausführungsbestimmungen, sowie eine Reihe wichtiger Entscheidungen des Reichsgerichts benutzt und damit die durch den Zeitablauf bedrohte Brauchbarkeit des Buchs wieder die alte.

Es war vorauszusehen, daß der von uns früher mehrfach (dritte F. Bd. I S. 313, II S. 322. 428.) hervorgehobene Kommentar **Olshausens zum Strafgesetzbuch** bei der allgemeinen Anerkennung, die derselbe gefunden, sehr bald eine neue Auflage erleben würde. In der That ist eine solche dem Abschluße der ersten faßt auf dem Fuße gefolgt. Bis jetzt liegen uns drei Lieferungen vor, welche bis § 84 einschl. reichen (F. Vahlen, Berlin, S. 400, Lex. (oct.) und eine sorgsame Erneuerung des früheren Werkes aufweisen. Der Verfasser hat, abgesehen von einer gleichmäßigen Verwerthung der Rechtsprechung des Reichsgerichts und der neuesten Literatur, den allgemeinen Theil einer völlig neuen Bearbeitung unterzogen, bei welcher zwar die bisherige Methode beibehalten ist, im Uebrigen aber, wie der Prospect mit Recht sagt, in den wichtigsten Abschnitten kaum ein Satz unverändert stehen geblieben ist. Hervorhebung der wesentlichen Punkte durch gesperrten Druck und Inhaltsanzeigen bei notenreichen

Digitized by Google

Paragraphen treten als äußere Vorzüge der neuen Auflage hervor, während der erheblichen Vermehrung des Stoffs durch ökonomischere Einrichtung des Satzes, passende Abkürzungen und größeres Format (ohne Preisaufschlag) Rechnung getragen ist. Die fraglichen zu den früheren getretenen Vorzüge sind ganz geeignet, dem Werke immer noch mehr Freunde wie bisher zuzuführen.

Auch von der **Olshausen'schen Textausgabe des Strafgesetzbuchs** mit Anmerkungen und Sachregister nebst einem Anhang enthaltend Reichsstrafnebengesetze, sowie Vorschriften über Zuständigkeit 2c. (F. Vahlen, Berlin, S. XII u. 254, Taschenformat), ist nach kaum erschienener erster Auflage schon eine zweite nöthig geworden.

Eine dritte Auflage liegt vor von: **Strafrecht und Strafprozeß**, eine Sammlung der wichtigsten, das Strafrecht und das Strafverfahren betreffenden Gesetze, zum Handgebrauch für den preußischen Praktiker erläutert und herausgegeben von **A. Valcke** (H. W. Müller, Berlin, S. XII u. 700 kl. 8°). Wie bei den früheren Ausgaben ist der Gesichtspunkt, dem Praktiker ein für den Gebrauch in den Sitzungen geeignetes Handbuch zu liefern, maßgebend geblieben, jedoch ist der Kommentar zu vielen der Gesetze vollständig umgearbeitet und namentlich auch durch Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts wesentlich ergänzt und erweitert. Vier Nebenstrafgesetze sind weiter aufgenommen. Trotzdem ist die alte Handlichkeit des sehr schön ausgestatteten, in goldgedrucktem Leinwandband ausgegebenen Buchs verblieben. —

Seit vorigem Jahre ist ein Unternehmen ins Leben getreten, welches sofort die Aufmerksamkeit der dabei betheiligten weiten Kreise auf sich gezogen hat. Unter dem Titel: **Archiv für Gesetzgebung, Rechtsprechung und Verwaltung im deutschen Reiche** und in **Preußen**, unter Mitwirkung von Praktikern und Theoretikern haben Dr. **Paul Kayser** und **Franz Caspar** es unternommen, den Juristen und Verwaltungsbeamten in einem periodischen Jahresband den gesammten Rechtsstoff des vergangenen Jahres, soweit er das deutsche Reich betrifft, in folgender Weise behandelt zu bringen. Nach einer Uebersicht über die parlamentarische Thätigkeit des Reichstags wird ein fortlaufender Kommentar des gesammten Reichsgesetzblatts gegeben. Auf diesen Kommentar folgen, mit knappen

Digitized by Google

Anmerkungen und Hinweisen versehen, die in dem Centralblatt für das deutsche Reich enthaltenen Verfügungen, welche für den Juristen und für den Verwaltungsbeamten von Interesse sind. Endlich wird in kurzgefaßten Sätzen eine Uebersicht der Rechtsprechung des Reichsgerichts, des Disciplinarhofs, des Ehrengerichtshofs und des Bundesamts für das Heimatwesen nach der chronologischen Reihenfolge der Gesetze aus „allen" überhaupt vorhandenen Sammlungen den Schluß bilden. Die so erwachsenden Jahresbände bilden das Reichsarchiv, während parallellaufend der in Preußen erwachsende Rechtsstoff nach ganz ähnlichen Grundsätzen bearbeitet in Jahresbänden als das Preußische Archiv erscheint. Die Aufgabe, die sich die Herausgeber gestellt haben, war keine leichte. Die beiden fertiggestellten Bände, die zudem als die ersten in die älteren Jahre zurückgreifen mußten, (Berlin, H. W. Müller, S. XXXVI. u. 830; XI. u. 814 gr. 8°), liefern aber den Beweis, daß die Unternehmer derselben gewachsen sind. Wir behalten uns vor, bei Fortschreiten eingehend darauf zurückzukommen.

Das von uns schon mehrfach erwähnte, von J. Guttentag, Berlin, begründete Werk: die **Gesetzgebung des deutschen Reichs** von der Gründung norddeutschen Bundes bis auf die Gegenwart, mit Erläuterungen und Registern, herausgegeben von **H. Gaupp** und Genossen, ist inzwischen abermals bedeutend gefördert worden. Drei Bände, die Gesetzgebung in der jetzt geltenden Fassung bis Ende 1876 enthaltend, liegen vollständig vor und weiter drei Lieferungen, welche uns bis ins Jahr 1878 führen. Die abgeschlossenen Bände sind mit sorgfältigen Inhaltsverzeichnissen versehen und können in eleganter Halbfranz-Einbanddecke (letztere auch getrennt) bezogen werden. Auf die praktische Bedeutsamkeit des Werks ist schon früher hingewiesen.

Die im vorigen Jahre erschienene dritte, völlig umgearbeitete Auflage des Schriftchens: die im Großherzogthum Hessen dermalen giltige **Jagdgesetzgebung** nebst den darauf bezüglichen Verordnungen, Ministerialentschließungen und gerichtliche Entschließungen, verfaßt von dem leider sehr bald nach dem Abschlusse verstorbenen Landgerichtsrath **A. Haller** in Gießen (Darmstadt, A. Bergsträßer, S. IX u. 114, 8°), auf die alsbald nach ihrer Herausgabe

Digitized by Google

in öffentlichen Blättern wegen der zweckmäßigen und erschöpfenden Behandlung des Stoffs hingewiesen worden war, hat inzwischen die Feuerprobe der Praxis bestanden. Die Arbeit hat sich dabei als ein sicherer Wegweiser durch das Labyrinth der einschlägigen massenhaften, vielfach im Verhältniß zu einander zweifelhaften gesetzlichen, und reglementären Vorschriften erwiesen, welcher ebensowohl den mit der Anwendung dieser Vorschriften betrauten richterlichen und Verwaltungsbeamten, Rechtsanwälten 2c., wie dem die Jagd praktisch ausübenden Publikum zu dienen geeignet ist und sich daher zweifellos immer mehr Freunde gewinnen wird.

Zum Schlusse geben wir von einer Anzahl Erscheinungen, welche, weil ganz neu eingetroffen, oder aus anderen Gründen vorerst in der Umschau des Näheren nicht berücksichtigt werden konnten, unter Vorbehalt späteren Eingehens auf die wichtigeren, wenigstens die Titel:

Rechtsphilosophisches aus Leibnitzens ungedruckten Schriften von Dr. **Georg Mollat**, Leipzig, J. H. Robolsky, S. VIII u. 96, 8°.

Die **Vormundschaftsordnung** vom 5 Juli 1875 nebst den darauf bezüglichen Gesetzen: a. Gesetz, betr. die Kosten, Stempel und Gebühren in Vormundschaftssachen, vom 21. Juli 1875, b; Gesetz, betr. die Geschäftsfähigkeit Minderjähriger und die Aufhebung der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand wegen Minderjährigkeit, vom 12. Juli 1875; c. Hinterlegungsordnung vom 14. März 1879; d. Gesetz, betr. die Unterbringung verwahrloster Kinder, vom 13. März 1878. Mit einem Kommentar herausgegeben von **O. Philler**, zweite verbesserte und vermehrte Auflage, Berlin, F. Vahlen, S. VIII u. 252, 8°.

Die **Rückversicherung** von Dr. **Viktor Ehrenberg**, Festschrift der Rostocker Juristen-Facultät, Hamburg u. Leipzig, Leopold Voß, S. XII u. 191.

Die **Haftpflicht ex recepto** nach Königl. Sächsischem und Reichsrecht von Dr. **Richard Häbler**, Rechtsanwalt beim Landgericht Leipzig, Leipzig, Roßberg, S. 55, 8°.

Beiträge zur Lehre vom Bergschaden von **Daubenspeck**, Berlin, F. Vahlen, S. VIII u. 139, 8°.

Das **staatliche Erbrecht** und die **Erbschaftssteuer** von Dr. **Franz Berghoff-Ising**, Leipzig, C. F. Winter, S. VII u. 36, 8°.

Das **deutsche Reichsstrafrecht für die Aufgaben der Strafzumessungslehre**, der **Kriminalstatistik** und der **Revision** des **Strafgesetzbuchs** systematisch geordnet von Dr. **Rudolf Medem**, Landgerichtsrath und Privatdozent b. d. K. Universität Greifswald, Berlin, R. v. Decker, S. XVIII u. 162, gr. 8°.

Das **Wesen des Vorsatzes** im heutigen gemeinen deutschen Strafrechte von Dr. **Eugen Heitz**, Straßburg, J. H. Ed. Heitz, S. 55.

Die **Causalität** und ihre **strafrechtlichen Beziehungen** von Dr. **M. v. Buri**, Rath am Reichsgericht, Stuttgart, Ferd. Enke, S. 155, 8°.

Digitized by Google

Referat, Votum und Urtheil, eine Anleitung für praktische Juristen im Vorbereitungsdienst von **Daubenspeck**, zweite vermehrte und verbesserte Auflage, Berlin, F. Vahlen, S. VIII. u. 190, 8°.

Der § 380 der **deutschen Strafprozeßordnung** erläutert und beurtheilt von Dr. **Karl Schmidt**, Oberlandesgerichtsrath in Colmar i. E. Mannheim, Bensheimer, S. 72, 8°.

Carl Gottlieb Svarez; ein Zeitbild aus der zweiten Hälfte des achtzehnten Jahrhunderts von Dr. **Stölzel** (mit drei Abbildungen und einer Stammtafel) Berlin, F. Vahlen, S. XX. u. 452, 8°.

Textausgaben von Reichsgesetzen mit Anmerkungen in Taschenformat:

1. Verlag von G. Guttentag, Berlin u. Leipzig.

Als Bestandtheil der Sammlung „deutsche Reichsgesetzgebung. Textausgaben mit Anmerkungen":

Reichsgesetz betr. die **Kommanditgesellschaften auf Aktien** und die **Aktiengesellschaften** v. 18. Juli 1884 von **Hugo Keyßner** und Dr. **H. Veit Simon**, S. IV u. 126.

Unfallversicherungsgesetz v. 6. Juli 1883, von **E. v. Woedtke**, S. XXXV u. 163.

Civilprozeßordnung mit Gerichtsverfassungs-, Einführungsgesetzen, Nebengesetzen und Ergänzungen von **R. Sydow**, dritte vermehrte Auflage, S. XX u. 578.

Strafprozeßordnung nebst Gerichtsverfassungsgesetz für das deutsche Reich von Dr. **A. Dochow**, dritte veränderte und vermehrte Auflage von **A. Hellweg**, S. XXIV u. 289.

2. Verlag von F. Vahlen, Berlin:

Reichsgesetz, betr. die **Kommanditgesellschaften auf Aktien** und die **Aktiengesellschaften** vom 18. Juli 1884, von Dr. **Alexander Mayer**, zweite Auflage, S. IV u. 116.

Reichsgesetz, betr. die **Krankenversicherung der Arbeiter** vom 15. Juni 1883 nebst Gesetz betr. Abänderung vom 28. Januar 1885, S. II u. 64.

Unfallversicherungsgesetz für das deutsche Reich vom 6. Juli 1884, S. IV u. 92.

Strafgesetzbuch für das deutsche Reich, nebst einem Anhang, enthaltend Reichs-Straf-Nebengesetze, sowie Vorschriften über Zuständigkeit von Dr. **Justus Olshausen**, zweite vermehrte Auflage, S. XII u. 254.

3. Verlag von C. H. Beck in Nördlingen:

Die **Verfassung des deutschen Reichs** vom 16. April 1871 nebst verfassungsmäßigen Nebengesetzen, Verträge ꝛc. von Dr. **Max Proebst**, S. VI u. 270.

Reichsgesetz, betr. den **Verkehr mit Nahrungs-, Genußmitteln und Gebrauchsgegenständen** vom 14. Mai 1879 von Dr. med. **A. Zinn**, zweite, durch die reichsgerichtlichen Entscheidungen, amtlichen Erlassen ꝛc. vermehrte Auflage bearbeitet von **R. Haas**, Landrichter in Metz, S. IX u. 275.

Heinzerling.

Digitized by Google

Anzeigen.

Die ersten 21 Bände (10 der ersten, 11 der zweiten Folge) des

Archivs für praktische Rechtswissenschaft

sind im Preise **bedeutend herabgesetzt** und können von jeder Buchhandlung, resp. der unterzeichneten Verlagshandlung bezogen werden.

Darmstadt, 1885.

Die Verlagshandlung von Eduard Zernin.

Im Verlage der **J. G. Cotta'schen Buchhandlung** in **Stuttgart** erschien so eben und ist durch jede solide Buchhandlung des In- und Auslandes zu beziehen:

Das Wechselrecht des Deutschen Reichs

mit eingehender Berücksichtigung der neuen Gesetzgebungen von **Oesterreich-Ungarn, Belgien, Dänemark, Schweden und Norwegen, Italien, der Schweiz. England und Russland.**

Von Dr. Oscar Wächter.

Gross-Octav. IV u. 556 Seiten. Preis M. 8.

Die früheren Arbeiten des Verfassers über Wechselrecht (Wechsellehre 1861, Wechselrecht des Norddeutschen Bundes 1869, Encyklopädie des Wechselrechts 1880) haben in weiten Kreisen Verbreitung und Anerkennung gefunden. Inzwischen emanirten wichtige neue Codificationen in **Dänemark, Schweden und Norwegen, Italien, England** und der **Schweiz** und für **Russland** den Entwurf einer Wechselordnung, welcher demnächst Gesetzeskraft erlangen wird. Diese und die schon früher von dem Verfasser bearbeiteten Wechselgesetze für **Belgien** (1872, 1877 und 1879) und **Ungarn** (1876) sind in dem vorliegenden Werk eingehend behandelt im Anschluss an die **systematische** Darstellung des gemeinen **deutschen** Rechts. Die Entscheidungen des deutschen **Reichsgerichts** und des vormaligen Reichsoberhandelsgerichts finden sich vollständig allegirt. Ebenso wird die neue Literatur verwerthet. In der Form der Ausführung ist mit **wissenschaftlicher** Gründlichkeit und Präcision die allgemein verständliche Darstellung, wie sie der Kaufmann fordert und die Uebersichtlichkeit des reichen Inhalts vereinigt.

Digitized by Google

Verlag von Franz Vahlen in Berlin W.,

Mohrenstrasse 13/14.

Jüngst sind neu erschienen:

Daubenspeck. — **Leitfaden für die Revision der Geschäfte bei den Preußischen Amts- und Landgerichten** von Daubenspeck, Oberlandesgerichtsrath. 1884. XII und 302 S. 8°. Geh. M. 6,—.

Grünewald u. Haas. — **Unfallversicherungsgesetz für das Deutsche Reich** vom 6. Juli 1884. Mit kurzen Erläuterungen und Ausführungsbestimmungen, Nachweisung der Gruppen 2c. im Anhang, herausgegeben von E. Grünewald, Landgerichtsrath, und R. Haas, Landrichter in Metz. 1884. Geh. M. 1,80.

Hetzer. — **Die Strafprozeßordnung für das Deutsche Reich** vom 1. Februar 1877. Mit den Entscheidungen des Reichsgerichts. Herausgegeben von G. Hetzer, Landgerichtsdirektor zu Stettin. 1884. VIII u. 264 S. 8°. Geh. M. 3,—. Geb. M. 4,—.

Jahrbuch für Entscheidungen des Kammergerichts in Sachen der nichtstreitigen Gerichtsbarkeit und in Strafsachen, herausgegeben von Reinhold Johow, Geheimer Justizrath 2c., und Oskar Küntzel, Kammergerichtsrath. **Vierter Band.** 1884. Geh. M. 5,—. Geb. M. 6,20.

——— **Erster Band.** 1881. Zweiter Abdruck 1884. XIV und 323 S. gr. 8°. Geh. M. 5,—. Geb. M. 6,20.

Alexander Meyer. — **Reichsgesetz, betreffend die Kommanditgesellschaften auf Aktien und die Aktiengesellschaften.** Textausgabe mit Einleituug, Anmerkungen und Sachregister von Dr. Alexander Meyer, Mitglied der Reichstags-Kommission. 1884. Zweite Auflage. IV und 116 S. 12. Cart. M. 1,20.

Olshausen. — **Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich.** Nebst einem Anhang, enthaltend Reichs-Straf-Nebengesetze, sowie Vorschriften über Zuständigkeit 2c. Textausgabe mit Anmerkungen und Sachregister zum praktischen Gebrauch von Dr. Justus Olshausen, Landrichter. 1884. Zweite vermehrte Auflage. $16^3/_4$ Bogen. 12. Cart. M. 1,—.

Unfallversicherungsgesetz für das Deutsche Reich vom 6. Juni 1884. Textausgabe mit Ausführungsbestimmungen im Anhang und Sachregister. 1884. 96 S. 12. Cart. M. 0,60.

Zu beziehen durch alle Buchhandlungen.

Digitized by Google

In Louis Heuser's Verlag in Leipzig und Neuwied erschien so eben:

Erbrecht und Erbschaftsregulirung

sowie

internationale Grundsätze und Vertragsbestimmungen in Erbschaftssachen

von E. Krah, Amtsgerichtsrath.

2. verbesserte Auflage. 320 S. Preis M. 4,80.

Krah's Arbeit ist von **großer Bedeutung für Praktiker wie Anwälte, Notare** 2c.

Zu beziehen durch alle Buchhandlungen des In- und Auslandes.

In J. U. Kern's Verlag (Max Müller) in Breslau ist so eben erschienen:

Arrest- und einstweilige Verfügungen

nach den Vorschriften der deutschen Civil-Proceß-Ordnung.

Zum Gebrauch für den Praktiker erläutert von

W. Dorendorf,

Oberlandesgerichtsrath.

Preis 4 Mark.

Verlag von Franz Vahlen in Berlin W.

Mohrenstrasse 13/14.

So eben erschienen neu:

Die Preussischen Grundbuchgesetze

mit Anmerkungen. Handausgabe zum praktischen Gebrauch von **C. Mathis,** Amtsrichter. 1884. 8°. Cartonnirt Mark 5.

Referat, Votum und Urtheil. Eine Anleitung für praktische Juristen im Vorbereitungsdienst von **Daubenspeck,** Oberlandesgerichtsrath. 1884. 8°. Cartonnirt Mark 2,50.

Zu beziehen durch alle Buchhandlungen.

Digitized by Google

Verlag von Franz Vahlen in Berlin.

W., Mohrenstraße 13/14.

Jüngst gelangten zur Ausgabe:

Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts in besonderer Beziehung auf das Preußische Recht mit Einschluß des Handels- und Wechselrechts. Begründet von Dr. J. A. Gruchot. Herausgegeben von Rassow, Reichsgerichtsrath, und Küntzel, Kammergerichtsrath. **Dritte Folge. VIII. Jahrg. (1884).** (Der ganzen Reihe XXVIII. Jahrg.) Heft 6. Preis für den vollständigen Jahrg. Geh. M. 16,—.

——— **Beilageheft zu diesem Jahrgang (1884).** VIII und S. 889—1184 gr. 8°. Geh. M. 4,—.

——— **Dritte Folge. IX. Jahrg. (1885).** (Der ganzen Reihe XXIX. Jahrg.) Heft 1.
Preis des Jahrgangs für Subscribenten M. 14,—.
Nach vollständigem Erscheinen M. 16,—.

Entscheidungen des Bundesamtes für das Heimathwesen. Bearbeitet und herausgegeben von Wohlers, Geh. Ober-Regierungsrath und Mitglied des Bundesamtes f. d. Heimathwesen. **Heft XVI,** enth. die wichtigeren Entscheidungen seit dem 1. Nov. 1883 bis 1. Okt. 1884. VIII u. 208 S. 8°. Cart. M. 2,—.

Jahrbuch für Entscheidungen des Kammergerichts in Sachen der nichtstreitigen Gerichtsbarkeit und in Strafsachen, herausgegeben von Reinhold Johow, Geh. Ober-Justizrath ꝛc., und Oskar Küntzel, Kammergerichtsrath. Zweiter Band. 1882. 2. Abdruck 1884. VIII u. 331 S. gr. 8°. Geh. M. 5,—. Geb. M. 6,20.

A. Pütter. — Urtheile, Beschlüsse und Verfügungen in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten. Eine Anleitung zur Anfertigung derselben nebst einigen Mustern von A. Pütter, Oberlandesgerichtsrath in Marienwerder. 1885. VI und 146 S. Geh. M. 2,50.

W. Späing. — Handelsregister und Firmenrecht nach deutschem und außerdeutschem Rechte von Späing, Amtsrichter in Berlin 1884. 107 S. Geh. M. 2,—.

Zu beziehen durch alle Buchhandlungen.

Im Verlage von **Andr. Deichert in Erlangen** ist erschienen

Bechmann, Prof. Dr. Aug.,

Der Kauf nach gemeinem Recht

II. Theil, 1. Abtheilung (VII und 569 S.) Preis M. 10,—.

Digitized by Google

Im Verlage von **Eduard Zernin** in **Darmstadt** ist erschienen und durch jede Buchhandlung zu beziehen:

Das

Wesen der Aufsteckung

nach französischem, preußischem und gemeinem Recht

von

Dr. M. Scherer,

Rechtsanwalt in Mainz.

Sonderabdruck aus dem Archiv für praktische Rechtswissenschaft. Dritte Folge. Band 2.

Preis 1 M. 25 Pf.

Im Verlage von **Eduard Zernin** in **Darmstadt** erschien:

Das Verfahren

in Sachen der nichtstreitigen Gerichtsbarkeit

in den rechtsrheinischen Provinzen

des

Großherzogthums Hessen,

unter Ausschluß

des Grundbuchs- und Hypothekenwesens.

Systematische Bearbeitung der nach Durchführung der Reichsjustiz-Organisation noch in Kraft befindlichen reglementären und der mit diesen zusammenhängenden Vorschriften.

Auf Veranlassung des Großh. Ministeriums des Innern und der Justiz

unter Leitung des

Großh. Landgerichtsraths **W. Heinzerling**

in Darmstadt

gefertigt von **G. Cellarius,**

Großherzoglichem Amtsrichter in Fürth i. O.

Mit einem Vorwort von **W. Heinzerling.**

Preis 1 Mark 80 Pf.

Digitized by Google

Im Verlage von **Ferdinand Enke** in **Stuttgart** ist erschienen und durch alle Buchhandlungen zu beziehen:

Die Warrants

(Lager- und Lagerpfandscheine).

Mit Beiträgen zur

Geschichte und Statistik des Lagerhauswesens

von Dr. Felix Hecht.

8. geh. Preis M. 7.—

Der Verfasser gibt in diesem durchaus auf Quellenforschungen beruhenden Werke eine Darstellung der Warrantsysteme von England, Schottland und den Vereinigten Staaten, von Holland, Frankreich, Belgien, der Schweiz, von Italien und Spanien, von Oesterreich-Ungarn, von Deutschland. In umfassenden Beilagen sind namentlich die Warrantformulare der einzelnen Länder zusammengestellt. Die Theorie des englischen Warrantwesens wird durch diese Arbeit in allen fundamentalen Punkten neu gestaltet, das holländische Warrantwesen wird in ihr überhaupt erstmals wissenschaftlich behandelt. Für die Entwicklung und derzeitige Bedeutung des Lagerhauswesens der einzelnen Länder sind in jedem Kapitel werthvolle Beiträge enthalten.

Verlag von Franz Vahlen in Berlin W.

Mohrenstrasse 13/14.

Jüngst sind neu erschienen:

Dr. Paul Jäckel:

Die Zwangsvollstreckungsordnung in Immobilien. Gesetz vom 13. Juli 1883. Textausgabe mit Einleitung, Parallelstellen, Kostengesetz, nebst Ministerialverfügungen und Sachregister zum praktischen Gebrauch. 1885. 7. Abdruck. Cart. M. 1.—.

Dr. Justus Olshausen:

Beiträge zur Reform des Strafprozesses. Auf Grund zweier Vorträge, gehalten in der Juristischen Gesellschaft. 1885. Geh. M. 1.—

Dr. Justus Olshausen:

Kommentar zum Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich. 1885. Zweite umgearbeitete Auflage. Lieferung 1 (Bogen 1—5). Geheftet M. 1.50.

☞ Diese 2. Auflage, im Umfange von 60—70 Druckbogen Lexikon-Octav (Ladenpreis 30 Pfg. pro Bogen) erscheint in Lieferungen und soll im September d. J. vollständig vorliegen.

G. von Wilmowski:

Deutsche Reichs-Konkursordnung, erläutert. 1885. Dritte verbesserte Auflage. Liefer. 1 (Bogen 1—5). Geh. M. 1.50.

☞ Die 3. Auflage, im Umfange von 35—40 Druckbogen Lexikon-Oktav (Ladenpreis 30 Pfg. pro Druckbogen), wird im Mai d. J. vollständig vorliegen.

Zu beziehen durch alle Buchhandlungen.

Digitized by Google

Im Verlage von **Eduard Zernin** in **Darmstadt** ist erschienen und durch jede Buchhandlung zu beziehen:

Ueber den Schutz
der
Fabrik- und Waarenzeichen
nebst den einschlagenden Gesetzen sämmtlicher deutschen Staaten.

Von
G. Krug, Rechtsanwalt.
Zweite Auflage.
Preis 1 Mark.

Von Herrn
Wilhelm Heinzerling,
Großherzoglichem Oberlandesgerichtsrath zu Darmstadt, sind in meinem Verlage folgende Schriften erschienen:

1) **Der Schutz der Parteien** gegen nachtheilige thatsächliche Anführungen der öffentlichen Anwälte, soweit solche auf Irrthum oder Versehen der Letzteren beruhen. Mit besonderer Rücksicht auf Aussprüche der rechtsrheinischen Gerichtshöfe des Großherzogthums Hessen.
Preis 1 Mark 25 Pf.

2) **Die Collateralsteuer im Grossherzogthum Hessen** und die dabei den Gerichten zugewiesene Thätigkeit.
Preis 80 Pf.

Darmstadt.
Die **Verlagshandlung** von **Eduard Zernin.**

Diesem Heft liegen 3 literarische Anzeigen bei: Die erste von Herrn **A. Deichert** in **Erlangen**, betreffend „Grundlagen einer Geschichte der röm. possessio" von K. J. Seitz; die zweite betreffend „juristischen und nationalöconomischen Verlag" von **A. Deichert** in **Erlangen** und die dritte von Herrn **Franz Vahlen** in **Berlin**, betreffend „die Civilprozeßordnung" herausgegeben von G. v. Wilmowski und Levy, 4. Aufl., und Anderes.

Digitized by Google

IX.

Das Wesen des damnum injuria datum

Eine zivilistische Abhandlung.

Von Herrn Gerichtsassessor Dr. August Hefke.

(Schluß)

---

3. Körperliche Einwirkung auf das Objekt (und zwar entweder unmittelbare oder mittelbare).

§. 6.

a. Unmittelbare körperliche Einwirkung auf das Objekt.

Die Sach-(Körper-)beschädigung oder -vernichtung[27]) muß, wenn sie aquilisch haftbar machen soll, verübt sein durch körperliche Einwirkung (seitens des Thäters) auf die (beschädigte) Sache (res corporalis!) und zwar entweder:

1. Durch unmittelbare körperliche Einwirkung auf dieselbe. Die Römer ertheilten hier in der Regel[28]) eine

---

[27]) Das occidere, causam mortis praebere, vulnerare, urere, frangere, rumpere, corrampere, scindere, collidere, effundere, perimere, deterius facere. Cfr. § 13 Inst. h. t. 4,3.

[28]) Als Ausnahmefälle — in denen die erweiterte Sachbeschädigungsklage stattfand — verdienen hier folgende drei Gruppen erwähnt zu werden:

Digitized by Google

actio legis Aquiliae directa (vorausgesetzt daß der Eigenthümer der beschädigten Sache die Klage erhob) aus dem ersten oder dritten Kapitel des Gesetzes (besonders kam in Betracht das — eigenhändige — occidere, urere, frangere, rumpere; letzteres umfaßte nach L. 27 §. 13 cfr. L. 42. D. h. t. 9, 2 und L. 27. §. 3 i. f. D. de furt. 47, 2 auch das corrumpere).

Gaj. III. 229. Collatio XII. 7 §. 4—6. §. 13 i. f. §. 16 Inst. h. t. 4,3. L. 2 pr. 3. 5 §. 3 L. 7. §. 1. 7. 8. L. 9 pr. §. 1 L. 18. 19. 23 §. 9 L. 27 §. 5—7. 12. 15. 18—20. 23—26. 29. 31 L. 29. §. 2. 3 L. 39 pr. L. 42. 51 pr. 52 pr. D. h. t. 9,2. — [29]) L. 27 §. ult. D. de furt. 47,2. L. 25 i. f. D. de injur. 47,10. — Cfr. L. 1 §. 7 D. si. quadr. paup. 9,1.

Die Fälle der Sachbeschädigung vermittels unmittelbarer körperlicher Einwirkung auf das Objekt — also die Fälle des eigentlichen damnum corpore corpori datum

1. L. 27 §. 21 D. h. t. Cfr. §. ult. Inst. eod. L. 7 §. 7 D. de dolo 4,3. L. 14 pr. §. 2 L. 23 D. de praeser, verb. 19,5. L. 55 i. f. D. de A. R. D. 41,1. L. 50 §. 4 D. de furt. 47,2. Hier liegt keine eigentliche Beschädigung der Substanz einer Sache, sondern eine bloße definitive Entziehung derselben vor (vgl. oben im §. 3). [Die in factum actio der L. 23 D. cit. 19,5 kann vielleicht auch eine actio praescriptis verbis (aus der Kategorie do ut des) sein. Windscheid §. 455 Not. 6 faßt sie als Sachbeschädigungsklage auf und man darf dieser Auffassung beitreten.]

2. L. 30 §. 2 D. h. t. 9,2. Cfr. §. ult. Inst. eod. 4,3. Das consumere faßten die Römer, wie es scheint, nicht als eigentliches Verderben oder Beschädigen der Substanz auf.

3. L. 27 §. 14. 20 D. eod. („applicare aliud, cujus molesta separatio sit"). Vgl. oben Not. 8.

[29]) Die L. 27 §. 20 cit. 9,2 spricht jedenfalls von einer actio directa — sie beginnt mit „Item" und der unmittelbar vorhergehende §. 19 schließt mit „sufficit Aquiliae actio" —, während z. B. Bangerow Pand. III. S. 583 die das. erörterte Klage für eine actio in factum hält.

Digitized by Google

— liegen derartig einfach, daß sie zu weiteren Erörterungen keinen Anlaß bieten. — Oder:

2. durch mittelbare körperliche Einwirkung auf die Sache. Die hierher gehörigen Fälle bedürfen einer eingehenden Beleuchtung und sollen im folgenden Paragraphen erörtert werden.

§. 7.

b. Mittelbare körperliche Einwirkung auf das Objekt.

Die Fälle der Sachbeschädigung durch mittelbare körperliche Einwirkung auf das Objekt (sie werden z. B. negativ angedeutet auch von Windscheid §. 455 S. 701, wenn er sagt: „wenn auch nicht durch unmittelbare Einwirkung“ [30]) fielen nicht mehr unter das Gebiet der lex Aquilia nach strikter Auslegung der letzteren; sie konnten daher nur entweder eine utilis legis Aquilia actio oder eine in factum actio ad legem Aquiliam (vgl. oben §. 2) begründen. Die Quellen ertheilen eine utilis oder in factum

[30]) Daß überall eine — entweder unmittelbare oder mittelbare — körperliche Einwirkung erforderlich sei, sagt Windscheid nicht. Vgl. das. die Not. 6 zu §. 455: „Schadenszufügung an einer körperlichen Sache.“ Windscheid betont u. E. nicht genügend das „quasi manu“ der L. 51 pr. D. ad leg. Aqu. 9,2 (Julian): „... occidisse dicitur vulgo“ (d. h. im gewöhnlichen, natürlichen, nicht aquilischen Sinne) „quidem, qui mortis causam quolibet modo praebuit sed ... is demum teneri visus est“ (d. h. ist aquilisch haftbar), „qui ... quasi manu causam mortis praebuisset ...“ Hier wird gesagt, daß es so manche causae (damni) schlechthin gebe, welche jedoch nicht immer als aquilische causae zu betrachten seien. Solche allgemeine causae damni verpflichten — subjektives Verschulden vorausgesetzt — zum Schadenersatz nur in Obligationsverhältnissen (und außerdem noch dann, wenn dolus im Spiel ist; vgl. S. 335 ff.). — Jedenfalls will die L. 51 pr. cit. das ganze Anwendungsgebiet der actio damni injuria dati (directa, utilis, in factum) bezeichnen.

Digitized by Google

actio in folgenden objektiv[31]) das Anwendungsgebiet der lex Aquilia überschreitenden Fällen (in denen fast durchgängig nur mittelbare körperliche Einwirkung vorliegt):

I. Wo ein causam mortis praestare oder praebere (eine Ausdehnung des streng aquilischen occidere) in Frage gelangt.

L. 7 §. 1—3. 6 L. 8 pr. 9 pr. §. 2. 3 L. 11 §. 1 L. 29 §. 7 L. 49 pr. 51 pr. 53 D. h. t. §. ult. Inst. eod. 4,3. L. 14 §. 1 D. de praescr. verb. 19,5. L. 2 §. 20 D. vi bon. rapt. 47,8. L. 5 Cod. h. t. 3,35.

In den hier angegebenen Fällen[32]) läßt sich nirgends eine auf die beschädigte Sache geübte körperliche Einwirkung verkennen, wenn diese auch nur eine mittelbare ist. Das occidere wird hier nicht eigentlich propria manu, sondern „quasi manu", d. h. durch verschiedenartige media bewerkstelligt, welche stets als bloße Instrumente, Werk-

---

[31]) Die rein subjektiven Erweiterungen der (lex Aquilia bezw. richtiger der) aquilischen Klage (vgl. z. B. L. 17 pr. D. h. t. 9,2) sind hier außer Acht zu lassen.

[32]) Im Einzelnen sind dies folgende: Plus justo onerare; — negligentius per lubricum transire, ut servus alienus onere pressus et occisus sit; — impellere ad occidendum; — venenum pro medicamento dare; — furenti gladium porrigere; — medicamento perperam uti; — bene secare et derelinquere curationem; — medicamentum dare, ut sibi mulier offerret (dolos; vgl. weiterhin S. 335 ff.); — fame necare (L. 9 §. 2 L. 29 §. 7 D. h. t. §. ult. Inst. eod. L. 2 §. 20 i. f. D. cit. 47,8. L. 5 Cod. cit. 3,35); — „equitantem concitato equo" efficere „in flumen praecipitari" (L. 9 §. 3 D. h. t.); — tenere, ut alius interimat, (L. 11 §. 1 eod. Dolos); — fumo facto opes alienas necare (L. 49 pr. eod. cfr. L. 27 §. 12 eod.); — „in angustum locum" coigere, „ut dejicerentur" (L. 53 eod.); — alieno servo persuadere, „ut in arborem accenderet vel in puteum descenderet" (§. ult. Inst. h. t. Dolos); — servum alienum spoliare, ut frigore moriatur (L. 14 §. 1 D. cit. 19,5). — Die hier aufgezählten sind sämmtlich positive Handlungen.

Digitized by Google

zeuge aufzufassen sind und demnach die unmittelbare körperliche Einwirkung völlig ersetzen.

II. Die übrigen vermischten Fälle, in denen das damnum ebenfalls nur durch mittelbare körperliche Einwirkung auf die körperliche [33]) Sache verursacht wird und welche sich von den ad I. genannten nur dadurch unterscheiden, daß in ihnen gewöhnlich nicht eine Tödtung lebender Wesen, sondern lediglich eine Beschädigung derselben oder eine Beschädigung und (oder) Vernichtung lebloser Gegenstände durch irgend ein — die direkte körperliche Einwirkung ersetzendes — Medium bewirkt wird, finden sich in folgenden Stellen.

1. L. 7. §. 3 D. h. t. 9,2 (diese Stelle, welche von einem damnum dare schlechthin spricht, umfaßt — und erwähnt — auch das occidere mit). Das impellere ist hier als körperliches Anstoßen und der Angestoßene als bloßes Werkzeug zu betrachten. Cfr. L. 37. pr. D. eod. (bei einem bloß verbalen impellere ist „jus imperandi" erforderlich).

2. L. 11 §. 5 D. eod. und L. 1 §. 7 D. si quadr. paup. fec. dic. 9,1 (cfr. L. 1 §. 5 D. eod.). Der Hund bezw. das Pferd sind hier lediglich Werkzeuge, welche die körperliche Einwirkung vermitteln, einerlei ob sie vom Thäter körperlich berührt wurden oder nicht. Hier enthält also das Hetzen des Hundes, das Antreiben des Pferdes, auch wenn es nur in Worten oder Winken bestand, stets eine — mittelbare — körperliche Einwirkung auf das beschädigte Objekt.

3. L. 27 §. 8 und L. 30 §. 3 D. h. t. 9,2. Das Feuer ist hier Instrument. —

Cfr. Collat. XIX. 7 §. 4—6. Vgl. Seuff. Arch. X. 164. XIII. 235. (XIV. 36.) XXXIII. 205.

[33]) Körperliche Einwirkung ist, wie sich von selbst versteht, nur möglich auf eine körperliche Sache (bezw. auf einen Körper).

Digitized by Google

4. L. 27 §. 10 D. eod. (Collat. XII. 7 §. 8). Der Backofen ist das Werkzeug, das Medium der körperlichen Einwirkung. Aehnlich ist

5. L. 18 D. de. S. P. U. 8,2. Die fistulae sind Instrument. Zu vgl. ist

Seuff. Arch. XVII. 224. und (anderseits) L. 57 D. loc. cond. 19,2. Vgl. auch weiterhin S. 337 ff.

6. L. 27. §. 9 D. h. t. 9, 2 (cfr. L. 28 D. eod.). Instrument und Medium der körperlichen Einwirkung auf das beschädigte Objekt ist hier das Feuer, welches man (hier der Sklave) anzündet und nicht ordentlich kustodirt bzw. dessen Bewachung man übernimmt und nicht ordentlich ausführt.

Vgl. Seuff. Arch. XXV. 128. S. 184.

Nicht, wie z. B.

Elvers, de culpa 1822 p. 128

meint, in der — an sich nicht strafbaren — susceptio custodiae allein, sondern in der aus ihr und der omissio custodiae zusammengesetzten, einheitlichen (und als solche positiven) Handlung liegt das Moment der körperlichen Einwirkung auf die Sache. Vgl. oben §. 5.

7. L. 27 §. 11 und §. 34 D. h. t. 9,2. Die Handlungen der Sklaven gelten als diejenigen des Herrn, wenn bei letzterem das erforderliche subjektive[34]) Moment der culpa verlag (lag dies nicht vor — si „culpa colonus careret“ —, so kann im Falle des §. 11 legis cit. noch eine Noxalklage stattfinden). In solchen Fällen können die Sklaven überall nur als Werkzeuge in Betracht kommen.

Vgl. Seuff. Arch. XXXIII. 194.

---

[34]) Die besondere Hervorhebung des subjektiven Moments der aquilischen Schuld war allerhöchstens da motivirt, wo ein Sklave handelte, während der Herr haften sollte (aber auch hier trifft bei dem Herrn mit dem subjektiven Moment der Verschuldung stets das objektive der Wiederrechtlichkeit zusammen).

Digitized by Google

8. L. 27. §. ult. D. eod. Zur in factum actio genügt, daß die Tonne als Medium — nicht der Wein selbst — vom Thäter berührt ist. Der Wein wurde hier zudem vermutlich nicht als eigentlich beschädigt angesehen (cfr. §. ult. Inst. h. t. 4,3 und oben Not. 28).

9. L. 29 §. 4 D. eod. Das Schiff ist Medium. Cfr. L. 29 §. 3 eod.

10. L 29 §. 5 D. eod. Das Abschneiden des Strickes ist hier das Mittel der körperlichen Einwirkung.

11. L. 37 pr. D. eod. Der dem „jus imperandi" des Thäters — d. h. des psychischen Thäters — Unterliegende gilt als bloßes Werkzeug desselben. Cfr. L. 44 §. 1. L. 45 pr. D. eod.

12. L. 52 §. 2 D. eod. Wer das von ihm Festgehaltene freiwillig losläßt, so daß es Jemanden verletzt, begeht ein damnum injuria datum („...eum damnum dare, qui, quod sustineret, mitteret sua voluntate, ut id aliquem feriret, veluti si quis asellum, quum agitasset, non retinuisset, aeque siquis ex manu telum aut aliud quid immisisset . . ." Esel u. s. w. sind Werkzeug).

Vergl. Seuff. Arch. XV. 129.

Aehnlich ist

13. L. 8 §. 1 D. eod. Auch wenn bloße imperitia oder infirmitas der Grund war, daß Jemand einer Naturkraft da ihren Lauf ließ, wo er es aus besonderen Rücksichten nicht sollte — „quum affectare quisque non debeat, in quo vel intelligit, vel intelligere debet, infirmitatem suam alii periculosam futuram" ..., liegt aquilische Schuld vor.

Das in den Fällen ad 12 und 13 freiwillig oder aus Ungeschicklichkeit oder Schwäche Losgelassene ist bloßes Werkzeug; Mittel der körperlichen Einwirkung.

14. L. ult. D. eod. Mittelbare körperliche Einwirkung auf das Pferd, dessen crura zerbrochen wurden und auf den

Digitized by Google

herabgeschleuderten Reiter liegt hier in dem durch das Pferd des Thäters verursachten Anprall.

15. L. 13 pr. D. loc. cond. 19,2. Der Fall ist dem vorhergehenden ähnlich.

16. L. 14. §. 3 D. de praescr. verb. 19,5 („eamque immisso pecore depascam"). Das pecus ist Werkzeug. —

Cfr. L. 6 Cod. h. t. 3, 35.

Vgl. Seuff. Arch. XXX. 144.

17. L. 50 §. ult. D. de. furt. 47,2. Hier wird actio in factum ertheilt, weil a. die unmittelbare körperliche Einwirkung — das panuum rubrum ostendere ist Medium — und b. die eigentliche Sachbeschädigung fehlt; beides verlangt die actio directa zu ihrer Begründung.

Cfr. §. ult. Inst. cit. 4,35.

Daher ertheilt

18. L. 51 D. eod. (47,2) auch die actio utilis, da hier wenigstens das zweite Moment — corpus laesum — vorliegt.

[In ganz eigenthümlicher und gewiß nicht zu billigender Weise werden L. 50 §. ult. L. 51 D. citt. (gerade diese beiden Stellen entsprechen auffallend der justinianischen Distinktion im §. ult.. Inst. D. h. t. 4,3; möglicherweise sind gerade sie von der Interpolation unberührt geblieben) verwerthet vom Oberappellationsgericht zu Jena in

Seuff. Arch. XVI. 114.

Warum gab nicht das Gericht in dem dort behandelten Falle die actio ad exhibendum bezw. doli? Weil es glaubte, hier — wie überall! — sei eine Sachbeschädigungsklage zulässig! (Vermuthlich war damals noch Busch Mitglied des Gerichts. Vgl. oben §. 5.)]

19. L. 52 §. 20 D. eod. 47,2. („Si quis asinum meum coegisset, et in equas suas τῆς γονῆς duntaxat χάριν admisisset" rel.) Die in factum actio wird schließlich hier ertheilt, weil mittelbare körperliche Einwirkung vorliegt, wobei die zu dem fraglichen Akte herangezogenen Stuten

Digitized by Google

das Werkzeug sind und wobei in dem durch sie mit dem Esel vorgenommenen Akte das Medium der körperlichen Einwirkung liegt.

20. L. 3 §. 1 L. 4 D. de servo corr. 11,3 (§. ult. Inst. h. t. 4,3) werden weiter unten (S. 340 ff.) erörtert werden.

21. §. 6 Inst. h. t. 4,3. Collat. XII. 7 §. 7 (Ulpian): „si hominem medicus recte secuerit, sed negligenter vel ipse, vel alius curaverit" rel. L. 8 pr. D. h. t. 9,2 (Gajus): „ . . qui bene secuerit et dereliquerit curationem, . . . culpae reus intelligitur". In diesen drei Stellen handelt es sich um zwei Handlungen, nämlich erstens um das (bene) secare und zweitens um das derelinquere curationem. Beide Handlungen sind an sich erlaubt, beide sind an und für sich und getrennt von einander nicht als damnum injuria datum aufzufassen. Das bene secare vermittelt die körperliche Einwirkung, führt jedoch für sich allein die Beschädigung nicht herbei; das derelinquere curationem ist ebensowenig an und für sich als Ursache der Beschädigung aufzufassen, sondern es bildet das nothwendige Komplement des bene secare, und letzteres umgekehrt dasjenige des derelinquere curationem. Beide Handlungen gelten daher im aquilischen Sinne nicht als zwei Handlungen, sondern als Theile (Akte) einer und derselben positiven Handlung, nämlich der schlecht zu Ende geführten ärztlichen Behandlung (wobei das secare in fester Verbindung mit dem nachfolgenden derelinquere curationem oder negligenter curare die körperliche Einwirkung darstellt). Tritt zu dem durch die Einheit jener aus zwei untrennbaren Theilen bestehenden (positiven) Handlung repräsentirten objektiven Moment der Sachbeschädigung noch das (von Gajus in L. 8 pr. D. cit. stillschweigend vorausgesetzte) subjektive Moment der Verschuldung hinzu, so sagt Gajus mit Recht: „culpae reus intelligitur".

Digitized by Google

Die ad 1--21 angeführten Stellen (in denen es sich stets handelt um positives Thun und mittelbare körperliche Einwirkung auf die Sache) mögen genügen.

§. 8.

4. **Durch** schuldvolle Thätigkeit.

Aquilischer Kausalnexus.

Der aquilische Kausalnexus setzt eine besonders enge Verflechtung der causa damni mit dem damnum einerseits und mit der Willensstimmung des Thäters andererseits voraus, (fehlt diese speciell aquilische Verflechtung zwischen damnum, causa damni und Willensstimmung des Thäters, so fallen damit sofort auch alle anderen Erfordernisse des damnum injuria datum — insbesondere die Momente: aquilische Schuld und körperliche Einwirkung auf die Sache — weg, und von damnum injuria datum kann nicht mehr die Rede sein), wie im Weiteren (im Anschluß an das in den beiden vorhergehenden Paragraphen — 6 und 7 — Gesagte) näher ausgeführt werden soll.

I. Aus allen im vorhergehenden §. (7) ad I. und II. 1—21. angeführten Stellen — welche als Beweisgrund selbst dann genügen müßten, wenn sie der Vollständigkeit entbehren sollten — geht hervor, daß vom Thäter mindestens eine mittelbare körperliche Einwirkung auf die beschädigte Sache ausgeübt sein, also m. a. W. daß zwischen der eigentlichen, direkt vom Thäter ausgegangenen (beschädigenden) Handlung — causa remota — und der Beschädigung selbst ein durch irgend ein Medium — oder auch wohl durch mehrere media [35]) — vermittelter körperlicher Zusammenhang vorliegen muß, derart, daß das Medium

---

[35]) Die media sind stets die nächsten und engsten Ursachen der Beschädigung, die causae proximae derselben (bzw. causae propiores gegenüber der ersten, direkt vom Urheber ausgegangenen Handlung).

Digitized by Google

als bloßes Instrument — Werkzeug — betrachtet werden darf.

Daraus folgt nun aber, daß die nächste und engste Ursache des damnum, also das die körperliche Einwirkung vermittelnde medium, vom Thäter gewollt (oder doch — vgl. weiterhin ad II. — vorhergesehen bzw. vorherzusehen gewesen) sein muß: Denn von einem Medium — einem Mittel — sowohl wie von einem Werkzeuge kann überall erst dann die Rede sein, wenn der Thäter die — als Medium, Mittel, Werkzeug zu betrachtende — letzte und nächste Ursache des damnum (injuria datum) dadurch zu einem Medium, zu einem Werkzeug gemacht hat, daß er in sie seinen Willen legte und sie erst dadurch gewissermaßen soweit belebte, daß sie rechtlich in Betracht kommen kann. So verlangen denn auch manche der im vorigen Paragraphen ad I. und II. 1—21 angeführten Stellen ausdrücklich, daß der eigentliche Thäter die letzte Ursache der Beschädigung — das Medium der körperlichen Einwirkung — gewollt habe.

Vgl. außer L. 3 §. 1 L. 4 D. de servo corr. 11,3 noch L. 37 pr. L. 9 pr. L. 11 §. 1 D. h. t. 9,2.

II. Ersetzt wird natürlich das Moment des in die causa proxima gelegten urheberischen Willens (voluntas directa) dadurch, daß jene (die causa proxima des damnum) mit einem gewissen Grade von Naturnothwendigkeit aus der ersten Handlung des Urhebers folgen (und daher vom Urheber vorausgesehen werden) mußte (voluntas eventualis, indeterminata). —

[Z. E. in L. 9 §. 3 D. h. t. 9,2 ist das Hineinsprengen des Pferdes in den Fluß — die causa proxima des erfolgten damnum — die nothwendige Folge der geschehenen Aufreizung hierzu (causa remota des damnum), ebenso wie in L. 11 §. 5 D. eod. das Beißen des Hundes — causa proxima der Beschädigung — die nothwendige und daher

Digitized by Google

vom Thäter vorherzusehende Folge des Aufhetzens (der causa remota des damnum). Cfr. L. 30 §. 3 D. eod. — In L. 27 §. 8 und L. 30 §. 3 D. eod. wird vorausgesetzt, daß das Uebergreifen (causa damni proxima) des angezündeten (causa damni remota) Feuers vom Thäter vorhergesehen werden, m. a. W. daß es nach allgemeinen Naturgesetzen — z. B. wenn das Feuer „die ventoso" angezündet wurde — nothwendig eintreten mußte (daß vielleicht noch eine Möglichkeit für den Nichteintritt der causa proxima offenlag, kann die Voraussetzung des in diese causa gelegten Willens des Urhebers und damit die Imputabilität der Handlung nicht aufheben).

Cfr. L. 18 D. de. S. P. U. 8,2.]

III. Liegt jedoch das Erforderniß des urheberischen Willens oder des diesen letzteren ersetzenden Grades der Naturnothwendigkeit in der causa proxima der Beschädigung nicht vor, so fehlt ihr jegliche Imputabilität. Eine solche causa gilt als bloßer casus, welcher den Kausalnexus zwischen der Handlung des Urhebers und dem eingetretenen damnum derartig unterbricht, daß der Urheber — der causa remota — von jeglicher Haftung frei wird.

L. 9 §. 3 et 4 D. h. t. 9,2. L. 57 D. loc. cond. 19,2. Cfr. L. 15 §. 1 D. h. t. 9, 2 (hier liegt übrigens eine causa proxima vor, welche auch ohne vorhergegangene causa remota — d. h. ohne die Handlung des vulnerans — die Beschädigung in gleichem Maße herbeigeführt haben würde) und L. 30 §. 4 L. 52 pr. D. eod.

IV. Wenn im Gegentheil einem Anderen, als dem Urheber der ersten Ursache (causa remota), die causa proxima zugerechnet werden muß, so haftet jener für den durch die letztere causa angerichteten Schaden, während der Urheber der ersten causa für den durch die letzte (causa proxima) angerichteten — größeren — Schaden nicht haftet.

Digitized by Google

L. 11 §. 3 D. h. t. 9,2 (der erste haftet ex vulnerato, der zweite de occiso[36]).

[36]) Daß die L. 11 §. 3 cit. 9,2 denjenigen, welcher einen fremden Sklaven tödtlich verwundet hat, dann, wenn nach ihm — und unabhängig von ihm — ein Anderer den Sklaven getödtet hat, doch noch auf das Interesse ex vulnerato haften läßt, dürfte auf den ersten Blick (wenn man nur an die Theorie vom Interesse denkt) auffallend erscheinen, da ja in diesem Falle das klägerische interesse servum ab illo (nämlich dem Ersten) mortifero vulnere percussum non esse, vollständig fehlt (indem der Sklave, wenn er nicht von dem Ersten tödtlich verwundet worden wäre, doch schließlich von dem Zweiten getödtet sein würde, und indem schon dieser Zweite, welcher den Sklaven tödtete, de occiso haftend den Eigenthümer des Sklaven jedenfalls vollständig entschädigen mußte, so daß die ihm obliegende Entschädigungspflicht das Interesse des Eigenthümers aus der tödtlichen Verwundung des Sklaven nothwendig aufhob). Allein die Bestimmung der L. 11 §. 2 cit. erklärt sich leicht, wenn man bedenkt, daß die fragliche Stelle von einem Delictsanspruche (ex lege Aquilia), und zwar von einer Strafklage bezw. von einer actio mixta — quae tam rem quam poenam persequatur — handelt (die Römer behandelten die actiones mixtae*) vorwiegend als Pönalklagen und stellten sie diesen in den meisten und wichtigsten Punkten gleich, während andererseits das reipersekutorische Element in jenen Klagen fast gar keinen Einfluß auf ihre rechtliche Beurtheilung übte; und gerade für die legis Aquiliae — ebenso wie z. B. für die prätorische actio vi bonorum raptorum — wird der pönale Charakter der Klage mit großer Schärfe hervorgehoben; vgl. z. E. die weiterhin angef. Stellen). Das der actio legis Aquiliae (bei den Römern) zu Grunde liegende Objekt ist weniger bloßes Interesse, als vielmehr poena. Daher gilt für sie auch nicht das „bona fides non patitur, ut bis idem exigatur", sondern mehrere Thäter haften hier jeder für das, was gerade ihm zur Last fällt, (also z. B. de vulnerato, de occiso) und wenn die mehreren causae gleichzeitig eingetreten sind, (die mehreren Urheber gleichzeitig handelten) — so daß nicht zu erkennen ist,

*) Etwa mit Ausnahme der actio doli, falls man diese Klage — ihre poena lag vorwiegend in der Infamie — überhaupt zu den mixtae actiones rechnen will (heutzutage ist sie unbestritten reipersekutorisch).

Digitized by Google

L. 30 §. 4 D. h. t. 9,2 (hier ist vermuthlich von einer negligentia ipsius domini die Rede, arg.:)

---

welche von den mehreren causae die wirkliche und eigentliche Ursache der Beschädigung gewesen sei —, so wird im Zweifel jede der verschiedenen gleichzeitigen) causae als die eigentliche Ursache (jeder der verschiedenen Urheber als der eigentliche Urheber) betrachtet und die verschiedenen Urheber haften jeder auf das Ganze, ohne daß die Leistung des einen Thäters die übrigen befreit. Klar wird dies Prinzip ausgesprochen (und begründet) in dem der L. 11 §. 3 cit. unmittelbar vorhergehenden Fragment, L. 11 §. 2 D. eod. 9,2 (Ulpian):

„Sed si plures servum percusserint . . ., si . . ., cujus ictu perierit . . ., non apparet, omnes quasi occiderint, teneri Julianus ait. Etsi cum uno agatur, ceteri non liberantur, nam ex lege Aquilia, quod alius praestitit, alium non relevat, quum sit poena."

Hier (cfr. L. 11 §. 4 eod.: „Si plures trabem dejecerint" rel.) wird gesagt, die Leistung des einen Thäters befreie (wie es doch vom bloßen Interessestandpunkte aus nothwendig sein würde, da mit der Leistung des einen Verpflichteten jedes weitere klägerische Interesse wegfällt) den anderen deshalb nicht, „quum sit poena." Per argumentum e contrario (mit einfacher Umkehrung des Motivs, also: „quum sit non poena") geht weiter aus L. 11 §. 2 cit. hervor, daß bei allen Klagen auf bloßen Schadenersatz (zu diesen, also zu den rein reipersekutorischen Klagen, gehört h. z. T. auch die actio damni injuria dati) die Leistung des Einen — von mehreren solidarisch Verpflichteten — die Uebrigen befreit. Wenn h. z. T. Jemand eine Sache beschädigt und ein Anderer ohne Zuthun des ersten sodann dieselbe Sache vernichtet und den Eigenthümer entschädigt, so hat der erste Thäter gegen den etwa ihn noch auf Schadenersatz belangenden Eigenthümer (Interessirten) die exceptio doli wegen mangelnden Interesse's desselben (nach dem Satze „bona fides non patitur" 2c.). — Alles Obige bezog sich auf den Fall, daß die verschiedenen Thäter jeder für sich ein wirkliches damnum (wenn auch vielleicht ein und dasselbe damnum) verübt haben (die verschiedenen causae jede für sich wirkliche causae damni waren). Wie sich dagegen die Sache gestaltet, wenn eine spätere causa ergänzend zu der ersten hinzutritt, so daß erst durch ihr Hinzukommen die Beschädigung wirklich herbeigeführt wird, wird sich im Weiteren (S. 340 ff.) zeigen.

Digitized by Google

L. 52 pr. D. eod. (die „medici inscientia“ kann hier unter Umständen eine actio legis Aquiliae „de injuria occiso“ gegen den medicus begründen).

In solchen Fällen ist weniger von Einer Handlung mit mittelbarer körperlicher Einwirkung auf das Objekt, als vielmehr von zwei Handlungen, von zwei selbstständigen causae, welche beide, und zwar nach einander, auf das Objekt eingewirkt und so die Beschädigung veranlaßt haben, die Rede. Hier haftet natürlich jeder Thäter für die ihm zurechenbare causa und für die durch sie angerichtete Beschädigung (cfr. L. 11 §. 2 D. h. t. und Not. 36: „quum sit poena“).

V. Nur wenn in solcher Weise der Wille des Thäters in das Medium der körperlichen Einwirkung (auf die Sache) gelegt worden ist — oder wenn dieser Wille, wie ad II. angegeben, durch besondere Verhältnisse ersetzt und demnach rechtlich vorausgesetzt wird —, liegt der zum Begriffe des damnum injuria datum erforderliche enge Nexus zwischen der „culpa“ (oder richtiger: der Willensstimmung des Thäters) und der causa damni und damit die aquilische Imputabilität der letzteren vor. Dem Erforderniß des in das Medium gelegten Willens des Urhebers kann schon genügt sein durch die bloße culpa desselben (so besonders in den ad II. angedeuteten Fällen), für dasselbe kann jedoch in gewissen Fällen die culpa auch unzureichend sein. In einigen Fällen des damnum injuria datum wird daher schlechthin dolus verlangt. So z. B. in folgenden Gesetzesstellen:

1. L 9 pr. D. h. t. 9,2 (Ulpian). Das Einnehmen des Giftes ist die von der Hebamme gewollte („dedit, ut sibi mulier offerret“) causa proxima der mors mulieris.

2. L. 11 §. 1 D. eod. In dieser mit ulpianischer Präzision — nur etwas zu kurz — abgefaßten Stelle ist zwischen

Digitized by Google

den Zeilen zu lesen: Derjenige, qui interemit, handelte schuldlos; soweit er er in Betracht kommt, ist das interimere als casus aufzufassen; gegen ihn wird daher keine Klage ertheilt; er ist als bloßes Werkzeug zu betrachten. Dagegen der „alius", qui „tenuit", hat das interimere vorhergesehen und daher — sei es nun determinate oder eventualiter — gewollt: ihm ist daher sowohl die causa proxima — das interimere — als die causa remota (das tenere) zuzurechnen. [Will man nicht so interpretiren, so gelangt man zu dem Resultat, das interimere, auch soweit es den qui tenuit angeht, für casus zu halten, und die ulpianische Entscheidung wird unverständlich.]

3. L. 37 pr. D. eod. Anstiftung ist stets dolos und begründet gegen den Anstifter dann die Sachbeschädigungsklage, wenn eine Möglichkeit vorliegt, den angestifteten Thäter als bloßes Werkzeug des Anstifters zu betrachten („si modo jus imperandi habuit"). Anderenfalls würde höchstens eine acti doli statthaft sein (Vgl. S. 346 ff.).

4. L. 44 §. 1 D. eod. In dem „sciente" liegt der dolus das dominus deutlich genug ausgedrückt.

VI. So wenn nur ein Medium der körperlichen Einwirkung auf das Objekt vorliegt (dies ist der in den Quellen gewöhnlich behandelte Fall). In noch höherem Grade jedoch müssen da, wo mehrere media jener Einwirkung vorhanden sind, wo also zwischen der ersten Ursache — der direct vom Urheber ausgegangenen Thätigkeit —, der causa remota, und der Beschädigung selbst mehrere Zwischenursachen liegen (z. E. zwei, nämlich eine causa propior und eine proxima), diese sämmtlichen, die körperliche Einwirkung auf das Objekt vermittelnden Zwischenursachen dem Urheber der ersten Ursache imputabel, d. h. entweder direkt von ihm gewollt oder doch mit

Digitized by Google

einer von ihm vorauszusehenden Naturnothwendigkeit aus der ersten causa (causa remota) gefolgt sein. Liegt bei beiden (d. h. wenn es gerade zwei — dies ist das höchste in den Quellen erwähnte Maß — sind; sonst: bei allen) Zwischenursachen ein solches urheberisches Willensmoment oder das angegebene Surrogat desselben vor, so dienen sie beide (bezw. alle) lediglich zur Verbindung der causa remota mit der Beschädigung, sind also wirkliche media der körperlichen Einwirkung auf die Sache, wirkliche Mittelglieder des aquilischen Kausalnexus. Fehlt es dagegen (bei beiden Zwischenursachen oder auch nur) bei einer der beiden Zwischenursachen an einem solchen Willensmoment oder an dem Ersatze desselben (d. h. fehlt es an dem einen oder anderen zu der Zeit, als die beschädigende Thätigkeit — causa remota — vom Urheber vorgenommen wurde), so trennen im Gegentheil jene Zwischenursachen den Kausalnexus (die Verbindung zwischen causa remota und Beschädigung), heben ferner die mittelbare körperliche Einwirkung auf das Objekt, sowie den absolut nothwendigen Zusammenhang zwischen Handlung, Mittel und Willen, und damit den Begriff des damnum injuria datum (also auch die aquilische Klage) auf[37]) (in solchen Fällen kann höchstens eine auf schon bestehenden Obligationsverhältnissen beruhende Klage ertheilt werden). Ein derartiger Fall wird referirt von Javolenus in L. 57 D. loc. cond. 19,2:

„Qui domum habebat, aream injunctam ei domni vicino proximo locaverat; is vicinus . . . terram in eam aream amplius congessit, et ea terra assiduis pluviis inundata, ita pariete ejus, qui locaverat, humore praestituto madefacto, aedificia corruerunt. Labeo ex locato tantum-

[37]) Cfr. L. 15 §. 1 D. h. t. 9,2, eine nur entfernt anwendbare Stelle.

Digitized by Google

modo actionem esse ait, quia non ipsa congestio, sed humor ex ea congestione postea damno fuerit; damni autem injuriae actio ob ea ipsa sit, per quae non extrinsecus alia causa oblata damno quis affectus est; hoc probo."

Diese Stelle[38])[38a]), welche für unseren Fall von nicht unerheblichem Gewicht ist, enthält Folgendes: Aus der congestio terrae — „amplius, quam fundamenta caementicia locatoris erant" — ist eine Sachbeschädigung hervorgegangen („aedificia corruerunt"), aber nicht direkt: sondern jene congestio terrae seitens des vicinus war nur die causa remota des endlichen Erfolges, des Einsturzes der Gebäude. Zwischen jener causa und dieser Wirkung lagen zwei Zwischenursachen, welche — obgleich sie ohne jene erste Ursache (die terrae congestio) ihre beschädigende Wirkung nicht hätten äußern können, — doch selbständigen (nicht dem Thäter zurechenbaren) Ursprunges waren. Diese beiden Zwischenursachen waren: 1. die inundatio terrae „assiduis pluviis" und 2. die mit ihr eng zusammenhängende und direkt aus ihr hervorgehende Durchnässung (und Erweichung) der Wand des (sodann zusammenstürzenden) Hauses („pariete . .

[38]) Andererseits ist zu vgl. die L 18 D. de S. P. U. 8,2, in welcher die „fistulae" das einzige Medium der körperlichen Einwirkung und bloßes Werkzeug sind.

[38a]) Ganz unrichtig interpretirt m. E. Pernice, M. A. Labeo 1878 Bd. II. S. 254 (Nr. VII. 19) die L. 57 cit., wenn er sagt: „Man kann die Versagung der Aquilia nicht mit der Unterbrechung des Kausalnexus . . . erklären. Denn einmal würde dann auch die a. locati . . . unzulässig sein. — — — Die Regengüsse sind nicht casus fortuitus im römischen Sinne." Die actio locati ist zulässig, weil omissio diligentiae vorliegt, die act. leg. Aquilae unzulässig, weil der Kausalnexus — d. h. der aquilische — unterbrochen ist durch causae extrinsecus oblatae. Die letzteren sind hier im aquilischen Sinne insofern casus, als sie den aquil. Kausalnexus zerreißen.

Digitized by Google

humore praestituto madefacto"). Die erste Zwischenursache ging hervor aus einem selbständigen — von der Thätigkeit des vicinus unabhängigen — Ereigniß (den assiduae pluviae), welches den ursächlichen Zusammenhang zwischen der congestio terrae und dem erfolgten Einsturze der Gebäude dann aufheben muß, wenn es vom Thäter weder direkt gewollt ist noch von ihm vorhergesehen werden mußte. Daß die assiduae pluviae ein solches unvorhersehbares Ereigniß waren, wird in der Stelle stillschweigend vorausgesetzt (waren sie es nicht, so können sie nicht mehr als „extrinsecus" causam dantes gelten, sondern müssen als Werkzeug des — dolos oder kulpos handelnden — Thäters, des vicinus, betrachtet werden). Die von Javolen gebilligte Ansicht des Labeo geht also mit Recht dahin, daß gegen den vicinus in solchem Falle keine actio damni injuria dati, sondern — da dem vicinus die area ei domui injuncta vermiethet war — nur eine actio locati stattfinden könne.[39])

[Vgl. im Allgem. Seuff. Arch. N. F. Bd. II. Nr. 45 (Rostock): „. . . so setzt diese Klage" (die aquilische) „. . doch nothwendig voraus, daß diejenige Thatsache, welche den betreffenden Schaden ursächlich hervorgerufen hat, von demjenigen selbst, der dieserhalb in Anspruch genommen werden soll, gewollt ist." —[39a].)

---

[39]) Wie aber, wenn dem vicinus proximus die area nicht vermiethet war, sondern wenn er auf eigenen Grund und Boden und zwar in der Nähe des nachbarlichen Gebäudes so viele terra aufhäufte, daß nach einigen Regengüssen „pariete . . . humore praestituto madefacto" das nachbarliche Gebäude einstürzte? Dem Beschädigten würde in diesem Falle ein Rechtsmittel nur zustehen auf Grund vorheriger cautio damni infecti. L. 17 §. 2 D. si serv. vind. 8,5. L. 29 cum L. 28. D. de S. P. U. 8,2. Cfr. L. 18 i. f. L. 19 pr. D. eod.

[39]a) Die L. 57 D. cit. 19,2 wird auch erörtert und interpretirt von v. Bar, Lehre vom Kausalzusammenhange S. 129 ff. (vgl. die

Digitized by Google

Derselbe Fall (wie in Seuff. Arch. N. F. II. 45) ist erörtert bei

Buchka u. Budde, Entsch. des Großh. Mecklenb. O.A.G. u. Rostock Bd. VIII. (N. F. Bd. III.) S. 185 ff. Vgl.

Seuff. Arch. XIII. 214.

Ein richtiges — und mit dem bisher Entwickelten einigermaßen harmonirendes — Prinzip geht auch hervor aus L. 7 §. 2 D. h. t 9,2 („. . fuit enim in ipsius arbitrio, ita se non onerare") sowie aus L. 7 §. 3 L. 8 §. 1 („affectare quisque non debeat"), L. 9 §. 4 („data opera") L. 10. 11 pr. cfr. L. 38 §. 1 („Haec . . actio ex causa danda est") D. eod. und aus §. 3—5 Inst. h. t. 4,3. — Wenn in solchen Stellen gewöhnlich nur ein Medium erörtert wird, so gelten doch ihre Bestimmungen in noch höherem Grade für mehrere media.]

VII. Bei nur flüchtiger Prüfung dürfte es Manchem so scheinen, als ständen dem bisher Entwickelten entgegen die folgenden Stellen:

§. ult Inst. h. t. 7,3: „. . si quis alieno servo persuaserit, ut in arborem ascenderet vel in puteum descenderet, et is ascendendo vel descendendo aut mortuus aut aliqua corporis parte laesus fuerit, utilis actio in eum datur."

L. 3 §. 1. L. 4 D. de servo corr. 11,3 (Ulpian und Paulus): „Unde quaeritur, si quis serrvo alieno suaserit in tectum adscendere, vel in puteum descendere, et ille parens adscenderit vel descenderit, et ceciderit, crusque vel quid aliud fregerit, vel perie-

---

übrigen dort zit. Stellen), jedoch mit ungenügender Berücksichtigung des Umstandes, daß hier der Kausalnexus gerade deshalb unterbrochen ist, weil die causae mediae nicht beeinflußt sind vom Willen des Thäters.

Digitized by Google

rit, an teneatur? . . . — commodius est, utili lege Aquilia eum teneri."

Auch hier liegen zwei Zwischenursachen vor. Das persuadere ist causa remota und Grundursache, das „in tectum adscendere vel in puteum descendere" ist causa propior und das cadere des Sklaven causa proxima der Beschädigung, nämlich des crus „vel quid aliud" frangere vel perire. Man könnte hier etwa so argumentiren: „Dolus wird in diesen Stellen für die Sachbeschädigungsklage nicht verlangt, also die beiden Zwischenursachen — das ad- bezw. descendere und das cadere — brauchen vom Urheber nicht gewollt und nicht vorhergesehen zu sein. Demnach fehlen hier der actio damni injuria dati die oben aufgestellten Erfordernisse." Eine soche Argumentation würde jedoch unbegründet sein. Richtig interpretirt man die beiden angeführten Stellen in folgender Weise:

1. Die erste Zwischenursache, die unmittelbare Folge des persuadere, also das „in tectum (arborem) adscendere vel in puteum descendere," muß vom Persuadenten direkt gewollt sein. Anderenfalls liegt kein persuadere oder suadere seitens des letzteren (überhaupt keine aquilische Schuld) und von Seiten des Sklaven kein parere — „et ille parens adscenderit" — vor (das „in tectum adscendere" ꝛc. würde also nach den oben aufgestellten Grundsätzen auch nicht als Medium der körperlichen Einwirkung auf den Sklaven gelten können).

[Z.' B. wenn jemand absichtslos zu einem fremden Sklaven sagt, er möchte wohl wissen, wie viele Eier in dem Storchnest da oben seien, und der Sklave steigt demzufolge aus (hier sehr unmotivirter) Neugier auf das Dach, so wird selbst Paulus den unfreiwilligen Urheber nicht aquilisch zur Verantwortung ziehen. Hier fehlt (zugleich mit dem

Digitized by Google

aquilischen Kausalnexus, der begrifflich eng mit ihr kohärirt) die aquilische Schuld.

2. Die zweite Zwischenursache — das Herabfallen (cadere) des Sklaven — muß (zur Zeit des persuadere) wenigstens derartig wahrscheinlich gewesen sein, daß von dem persuadens verlangt werden darf, er habe dieselbe vorhersehen müssen (anderenfalls liegt keine aquilische Schuld, sondern casus vor). Z. B. wenn

1. das zu ersteigende Dach so eingerichtet war, daß seine Ersteigung keine wahrscheinliche Gefahr des Herabstürzens in sich barg, und wenn

2. der Sklave nicht etwa ein an sich zum Klettern untauglicher, gebrechlicher Mensch war, — so wollen Justinian und Paulus gegen den Persuadenten gewiß keine aquilische Klage ertheilen. — Die S. 340 angeführten beiden Stellen setzen voraus, daß das Hinauf- oder Hinabsteigen für den Sklaven eine dem Urheber — sei es wegen subjektiver Eigenschaften des Sklaven oder in Anbetracht der objektiv vorliegenden Verhältnisse — bekannte oder doch als ihm bekannt vorauszusetzende Gefahr in sich barg (wollte der Urheber des cadere und die hierdurch veranlaßte Beschädigung des Sklaven direkt, so liegt dolus vor).

Nach dieser Interpretation liegen auch in L. 3 §. 1 L. 4 D. citt. §. ult. Inst. cit. alle Erfordernisse des damnum injuria datum — Sachbeschädigung, schuldvolle positive Thätigkeit, (mittelbare) körperliche Einwirkung, Kausalnexus — vor. Wer einem fremden Sklaven eine (absolut oder relativ) gefährliche Handlung anräth, thut dasselbe, als wenn er mit eigener Hand dem servus die Knochen entzwei schlägt (obgleich, weil er in Wirklichkeit seine Hände nicht in Bewegung setzt — sondern nur „quasi manu“ handelt —, die directa legis Aquiliae actio hier nicht zulässig ist). Denn der Sklave gilt rechtlich nicht als willensfähiges Subjekt, sondern als bloße

Digitized by Google

Sache; der Umstand, daß er in die Vornahme der ihm angerathenen gefährlichen Handlung einwilligt, ist daher ohne jede rechtliche Bedeutung.

[Ließe sich nicht ein servum persuadendo corrumpere noch in anderer Weise denken, als durch das persuaderes körperlicher Wagstücke — für welches die utilis legi Aquiliae actio völlig ausreicht —, so würde das ganze in L. 1 pr. D. de servo corr. 11,3 referirte prätorische Edikt und die in diesem verheißene actio de servo corrupto überflüssig sein (nämlich ersetzt werden durch die utilis leg. Aqu. actio). Vgl. L. 1 §. 2. 3 D. eod. 11,3. Tit. Cod. 6,2 §. 23 Inst. de act. 4,6.]

VIII. In allen bisher erörterten Beispielen einer Sachbeschädigung durch mittelbare körperliche Einwirkung auf das Objekt ist von Zwischenursachen die Rede gewesen, welche an sich bloße willenlose (von keinem, weder eigenem noch fremdem, Willen beseelte) Konsequenzen der vom Thäter ausgegangenen causa remota oder eines anderen — externen — Ereignisses waren, und es ist behauptet und quellenmäßig (insbesondere durch L. 57 D. cit. 19,2) begründet worden, daß in jene an sich eines Willensmomentes entbehrende Zwischenursachen der Urheber der causa remota direkt oder indirekt seinen Willen gelegt haben muß, wenn sie überhaupt rechtlich als causae mediae (Zwischenursachen), Medien der körperlichen Einwirkung auf das Objekt, als Mittelglieder des aquilischen Kausalnexus, in Betracht kommen sollen. In einigen speziellen Fällen werden als solche an sich von keinem Willen beseelte causae mediae gewisse elementare Ereignisse erwähnt und es wird gesagt, daß solche Ereignisse an sich — d. h. wenn nicht der Urheber der causa remota auch in jene seinen Willen gelegt und und sie dadurch zu seinem Werkzeug gemacht hat — lediglich den aquilischen Kausalnexus, die Verbindung zwischen der causa remota und der Beschädigung,

Digitized by Google

zerreißen (so daß eine aquilische Klage nicht stattfinden kann, so weit nicht schon durch die causa remota und unabhängig von der causa media eine Beschädigung verursacht ist).

Cfr. L. 15 §. 1 D. h. t. 9,2. L. 57 cit. 19,2.

Schließlich ist nun noch Folgendes aus dem Vorigen zu rekapituliren (ad IX.) und bezw. (ad X.) neu hinzuzufügen:

IX. In denjenigen Fällen, in denen die zum Endresultat — zu der Beschädigung — erforderlichen Zwischenursachen nicht als an sich von keinem Willen beseelte Konsequenzen der Handlung des ersten Urhebers betrachtet werden können (hierin also von den oben erwähnten elementaren Ereignissen u. dgl. abweichen), sondern nebenher noch ein selbständiges Fundament, einen besonderen Urheber haben, haftet der erste Urheber nur dann, wenn der Urheber der Zwischenursachen von ihm derartig abhängig war, daß er einen besonderen Willen für sich nicht haben konnte (nur in diesem Falle erstreckt sich der Wille des ersten Urhebers auch noch über die einem Anderen ihre eigentliche Entstehung verdankenden causae mediae hinaus). Dies geht ganz klar hervor aus folgenden, zum Theil bereits kurz erwähnten Stellen:

L. 37 pr. D. h. t. 9,2 (Javolenus): „Liber homo si jussu alterius manu injuriam dedit, actio legis Aquiliae cum eo est, qui jussit, si modo jus imperandi habuit; quod si non habuit, cum eo agendum est, qui fecit.“ [Cfr. L. 44 §. 1 D. eod. (Ulpian): „Quotiens sciente domino servus vulnerat, vel occidit, Aquilia dominum teneri dubium non est.“ L. 45 pr. D. eod. cum L. 50 D. de R. J. 50,17. L. 2—5. 9 D. de noxal. act. 9,4. —[40])].

[40]) Vgl. Seuff. Arch. XVI. 220 XVII. 145 und XXVIII. 133. Andererseits das. XV. 130. — Cfr. L. 7 §. 3 D. h. t. 9,2 (hier liegt körperliche Einwirkung vor, bei welcher der „impulsus“ bloßes Werkzeug ist). — Möglicherweise könnte man arg. L. 7 §. 4 i. f. D.

Digitized by Google

In diesen wird rechtlich angenommen, daß der zur That angestiftete Thäter — bezw. der mit Wissen seines dominus handelnde Gewaltsunterworfene — keinen selbständigen, vom Willen des Anstifters unabhängigen, Willen habe (dies liegt interpretativ in dem „si modo jus imperandi habuit").

X. Dagegen wo derjenige, dessen Handlung die direkte und unmittelbare Veranlassung der Beschädigung — oder wenigstens die causa propior — war, rechtlich einen eigenen, selbständigen Willen hat und selbständig handelt, so gilt die von ihm — wenn auch erst in Folge einer einem anderen Urheber zuzuschreibenden causa remota — ausgegangene causa als lediglich von seinem Willen beseelt; sie macht also ihn selbst haftbar und befreit — da sie den aquilischen Kausalnexus zwischen der causa remota und der Beschädigung aufhebt — den Urheber der ersten causa (z. E. den An-

---

arb. furt. caes. 47,7: „idem et si libero imperet" annehmen wollen, bei der actio arborum furtim caesarum seien weitergehende Grundsätze maßgebend gewesen. Aus dem „imperet" — cfr. L. 37 pr. cit. 9,2 — scheint mir jedoch hervorzugehen, daß auch hier von einem liber potestati subjectus die Rede ist. — Weitergehende Haftung des Anstifters findet sich bei nicht aquilischen Vergehen, z. B. bei der Injurie, und bei kriminellen Delikten. [L. 11 §. 3—6 L. 15 §. 8 D. de injur. 47,10. Cfr. L. 7 §. 5 D. de jurisd. 2,1. L. 1 §. 12 D. de vi 43,16. L. 3 §. 8 D. de inc. 47,9. L. 3 i. f. D. ad. L. J. de adult. 48,5 L. 1 §. 13 D. ad. S. C. Turp. 48,16. L. 5 Cod. de accus. 9,2 Paul. Sent. V. 23 §. 11 (26 §. 3). (L. 14. 15. D. ad L. Corn. de sic. 48,8). Cfr. §. 11 Inst. de inj. 4,4.] — Daß beim damnum injuria datum die Anstiftung an sich nicht aquilisch (vgl. die folgende Note) haftbar machte, (dolus würde natürlich eine actio doli begründen können), beruhte auf dem Erforderniß der — wenigstens mittelbaren — körperlichen Einwirkung auf das Objekt und des hiermit zusammenhängenden besonderen aquilischen Kausalnexus.

Digitized by Google

stifter).[41]) — Hierin liegt z. B. auch der Grund, warum ein schädlicher Rath (an einen freien unabhängigen Menschen), wenn er culpos ertheilt wurde, gar nicht (§. 6. Inst. de mand. 3,26. L. 2 §. 6 circ. fin. D. mand 17,1)[42]) und wenn er dolos ertheilt wurde, wenigstens nicht ex damno injuria dato den Rathgeber haftbar machen kann.

---

[41]) Vorausgesetzt, daß diese erste causa nicht an sich schon — ganz unabhängig von der zweiten causa — eine (besondere) Beschädigung zur Folge gehabt hat. Cfr. L. 11 §. 3 L. 30 §. 4 L. 52 pr. D. h. t. 9,2. — Der Umstand, daß in der zweiten causa damni ein fremder Wille zu Tage getreten ist, hebt nicht etwa schlechthin die Haftung des ersten Urhebers auf, sondern nur die aquilische Haftung desselben (vgl. die vorige Note a. E.). Der dolus z. E. würde zwar auch gegen den ersten Urheber eine Klage begründen, aber nicht die Sachbeschädigungsklage, sondern nur die actio doli (wegen Anstiftung oder dolosen Rathes). — Im Allgem. vgl. jedoch Seuff. Arch. XXXIII. 195 (wenn man hier den Baumeister als bloßes Werkzeug betrachten darf, so ist die Entscheidung richtig, anderenfalls nicht).

[42]) D. h. falls nicht der Rathgeber die Haftung für die Folgen ausdrücklich übernommen hat (wie gewöhnlich gesagt wird). [L. 12 §. 13 D. mand. 17,1: „periculo meo crede," L. 1 §. 14 D. depos. 16,3: „. . . si mandasti mihi, ut periculo tuo apud eum deponam, cur non sit mandati actio non video." Gaj. III. 156 i. f. Cfr. L. 6 §. 5 L. 32 D. mand. 17,1 §. 6 i. f. Inst. eod. 3,26.] — Aber auch in solchen Falle wird nicht aus dem Rath als solchem, sondern aus der übernommenen Haftungsverbindlichkeit gehaftet. — Das gemeinhin Behauptete — vgl.

Neustetel im Arch. f. civilist. Prax. Bd. II. S. 40 —,

daß auch der (bloß kulpose) Rath eines Sachverständigen den letzteren schlechthin (ex mandato) verpflichte, ist unbegründet: Hier verpflichtet nie der Rath an sich, sondern nur entweder der dolus oder die etwa im Rathe enthaltene schuldvolle Nichterfüllung einer kontraktlich übernommenen Verbindlichkeit. Nur ex contractu (und bei wirklichem damnum injuria datum) haftet der Sachverständige für omnis culpa.

Digitized by Google

Im letzteren Falle wird[43]) nur die actio doli — welche als subsidiäre Klage eine Konkurrenz mit der erweiterten actio legis Aquiliae jedenfalls nicht würde aushalten können — ertheilt, wie Ulpian bezeugt in

L. 47 pr. D. de R. 7. 50,17: „Consilii non fraudulenti nulla obligatio est; ceterum si dolus et calliditas intercessit, de dolo actio competit."

Cfr. L. 7 §. ult. L. 8 D. de dolo 4,3. L. 2 D. de proxenet. 50,14. Gaj. III. 156[44]). Vgl. Seuff. Arch. XII. 26 XXIX. 26 (ferner daf. N. F. II. 45).

---

[43]) Obgleich Paulus in L. 30 §. 3 D. h. t. 9,2 erklärt: „In hac quoque actione . . . dolus et culpa punitur," (ebenso Justinian im §. 3 Inst. h. t. 4,3: „. . . non minus quam ex dolo, ex culpa quisque hac lege tenetur"), und obgleich dieser Satz eines ausdrücklichen Hervorhebens nicht einmal bedarf.

[44]) Vielleicht gehört hierhin auch die L. 7 §. 6 D. de dolo 4,3 (Ulpian):

[Vgl. Neustetel im Arch. f. civil. Prax. Bd. II. S. 40 ff. (der dort zitirte Zimmermann ist mir z. Z. nicht zugänglich).]

Man muß diese Stelle so (oder ähnlich) auffassen, als rede sie z. E. von folgendem Falle: Jemand antwortet einem Fremden, welcher über eine Wiese gehen will, auf der ein Stier weidet, auf dessen Frage, ob der Stier gefährlich sei, arglistigerweise — wissend, daß der Stier gefährlich sei —, der Stier habe noch Niemandem etwas zu Leide gethan und werde auch ihm wohl nichts thun. Der Fremde wird vom Stier übel zugerichtet und hat nunmehr nach Ulpian gegen den dolosen Rathgeber eine actio doli (natürlich nur, falls der animus nocendi bei letzterem wirklich vorlag). — Will man die Stelle wesentlich anders interpretiren, so fällt der Grund für die actio doli weg, weil an ihrer Stelle die Sachbeschädigungsklage schlechthin zulässig sein würde. — Das persuadere servo, dessen Folge eine Sachbeschädigung war, gehört, wie oben S. 340 ff. nachgewiesen ist, nicht hierher. — Ein persuadere „familiae," dessen Folge nicht eigentlich eine Sachbeschädigung war und welches daher die actio doli begründet, wird erwähnt von Proculus in L. 31 D. de dolo 4,3.

Digitized by Google

Thibaut, Versuche 1817, Nr. VIII. S. 116. ff.
Pernice, Sachbeschädigung S. 172 Nr. XV. (und hierzu unten Note 47).

Die römischen Juristen erwähnen bei dem schuldvollen Rathe — ähnliche [45]) Grundsätze gelten für die Empfehlung — selbst für den immerhin doch denkbaren Fall, daß derselbe eine Sachbeschädigung zur Folge gehabt hat, nie die actio damni injuria dati, und zwar zweifellos deshalb nicht, weil bei dem Rathe der aquilische Kausalnexus stets durch die Handlung des berathenen — aber willensfähigen und selbständigen — Subjektes intermittirt wird. Jedenfalls würde die Sachbeschädigungsklage, wenn sie überhaupt wegen eines (dolosen) Rathes zulässig wäre, sowohl bei dem kulposen [46]) als bei dem dolosen Rath prinzipiell zugelassen werden müssen, während doch die Quellen (für dolosen Rath die actio doli ertheilend) sich klar dahin aussprechen, daß der kulpose Rath an sich nicht verpflichte. [47])

---

[45]) Cfr. L. 12 §. 12. 13 D. mand. 17,1. L. 7 §. ult. L. 8 D. cit. 4,3. L. 43 pr. D. de C. E. 18,1. L. 4 §. ult. i. f. D. de fidejuss. et nom. 27,7. L. 2 D. cit. 50,17. — Cfr. L. 37 D. de dolo 4,3.

[46]) L. 44 pr. D. h. t. 9,2. — Aus besonderen Gründen ertheilt L. 1 §. 2 D. si is, qui test. 47,4 die actio damni injuria dati nur wegen doloser Sachbeschädigung.

[47]) Wenn Pernice a. a. O. (vgl. oben) folgenden Satz aufstellt:

> „Es ist also zum Thatbestande des damnum i. d. späterer Entwickelung nur wesentlich, das zwischen der culpa des Schuldigen" (wer ist dies?) „und dem Vermögensnachtheile (!) des Beschädigten ein durch die Einwirkung auf eine körperliche Sache vermittelter Kausalzusammenhang bestehe, oder kürzer: die culpa muß als Ursache des damnum erscheinen,"

so erklärt er damit allerdings nicht allein den — kulposen — Rath, sondern noch manche andere Fälle der Vermögensbeschädigung für

Digitized by Google

Am Schlusse dieses Paragraphen möge noch einmal die — schon mehrfach hervorgehobene und bei der Lektüre des Vorhergehenden wohl jedem Leser aufgefallene — Thatsache Erwähnung finden, daß in den meisten Fällen die drei Erfordernisse 1) der (mittelbaren) körperlichen Einwirkung auf das Objekt, 2) des aquilischen Kausalnexus und 3) der aquilischen Schuld mit einander in innigem Zusammenhange stehen, so daß das eine mit dem anderen steht und fällt. — Noch klarer wird sich das bisher Dargestellte erweisen an einem im folgenden §. mitgetheilten praktischen Beispiele.

§. 9.

IV. Illustration des oben — insbesondere in den §§. 6—8 — Gesagten durch einen Rechtsfall.

In der Gegend von M. war die Rinderpest ausgebrochen. Ein dortiger Landmann Namens A. bemerkte bald darauf an seiner Kuh Anzeichen, aus denen er schloß, die Kuh sei krank. Er ließ den Thierarzt[48]) B. kommen und trug demselben auf, die Kuh daraufhin zu untersuchen, ob sie krank sei und was ihr fehle. Der Thierarzt untersuchte die Kuh und erklärte sodann, die Kuh habe die Rinderpest und sei nicht mehr zu retten. Es sei daher, da sie nur unter Qualen noch einige Zeit leben könne, aber unrettbar verloren sei, am besten, sie sogleich zu tödten. Auf Grund dieses thierärztlichen Gutachtens forderte der Landmann A. den

---

damnum injuria datum, welche unter diesen Begriff nicht fallen können.

[48]) Ueber die Haftung der Aerzte (Gleiches gilt jedenfalls für Thierärzte) vgl. L. 7 §. ult. L. 8 pr. L. 52 pr. D. h. t. 9,2. L. 6 §. 7 D. de off. praes. 1,18. §. 6. 7 Inst. h. t. 4,3, sowie meine Schrift „der Arzt im heutigen und im römischen Recht", Darmstadt und Leipzig 1885.

Digitized by Google

Thierarzt B. auf, die Kuh zu tödten, was dieser dann auch that. An demselben Tage jedoch kam die Sache dem Landmann A. noch bedenklich vor; er ließ daher die Kuh durch zwei andere Thierärzte obduziren, um zu erfahren, ob sie die Rinderpest gehabt habe oder nicht. Die Obduktion durch diese beiden Sachverständigen, ergab, daß die Kuh nicht an der Rinderpest, sondern nur an einem leicht zu hebenden Unwohlsein gelitten habe und daher ohne allen Grund getödtet worden sei. Das Fleisch derselben sei jedoch, da sie immerhin sich in einem krankhaften Zustande befunden habe, unbrauchbar und müsse verscharrt werden. In Folge dieses sachverständigen Gutachtens verscharrte der Landmann A. die Kuh (nach Abzug der Haut) und klagte sodann gegen den Thierarzt B. auf Schadensersatz, weil dieser schuldvoll den Verlust der Kuh für ihn — den Kläger — herbeigeführt habe.

Ist diese Klage aufzufassen als eine aquilische?

1. Nach der Ansicht mancher bereits erwähnter Theoretiker und Praktiker ist die Frage unbedingt zu bejahen. Denn wenn man das damnum injuria datum auffaßt als eine Vermögensbeschädigung durch kulpose positive Thätigkeit (ohne auf die körperliche Einwirkung und auf den hiermit zusammenhängenden aquilischen Kausalnexus besonders viel Gewicht zu legen), so liegen hier alle Erfordernisse des damnum injuria datum vor.

2. Nach der richtigen Ansicht jedoch ist die Frage unbedingt zu verneinen. Wir haben zu fragen:

Liegen in dem S. 349 ff. entwickelten Falle die Erfordernisse des damnum injuria datum vor?

und diese Frage wie folgt zu beantworten:

a. Es liegen vor die Erfordernisse der

1. Sachbeschädigung bezw. Sachvernichtung (Tödtung der Kuh),

Digitized by Google

2. Culpa (wenigstens hat — was für den Richter des ersten Verfahrens genügt — Kläger diese behauptet) [49]) und
3. positiven Thätigkeit (mag man nun die falsche thierärztliche Diagnose oder die nachherige Tödtung der Kuh durch den Thierarzt als die eigentliche causa damni auffassen.

b. Es liegen dagegen nicht vor die Erfordernisse
1. der körperlichen Einwirkung (wie sich S. 354 ff. zeigen wird) und
2. des aquilischen Kausalnexus.

Das ad a. 1—3. Gesagte bedarf keiner weiteren Begründung, dagegen das ad b. 1. 2. Behauptete einer kurzen Erörterung, wobei wir das ad b. 2. Gesagte vorausnehmen wollen. — Um darüber zur Klarheit zu gelangen, ob in dem dargestellten Falle zwischen der schuldvollen Thätigkeit des beklagten Thierarztes B. und dem damnum, welches Landmann A. (Kläger) erlitten hat, ein Kausalnexus vorliege, handelt es sich vor allen Dingen darum, zu ermitteln, was die eigentliche causa der Beschädigung gewesen ist. —

I. Als causa proxima kommt hier in Betracht die Thatsache daß der Beklagte die Kuh des Klägers eigenhändig erstochen hat. Diese causa (welche event. die actio legis Aquiliae directa begründen würde) kann jedoch, da der Kläger (Eigenthümer der Kuh) in die Tödtung eingewilligt hat, als aquilische causa nicht in Betracht kommen. Die klägerische Einwilligung in die Tödtung der Kuh hebt bei dieser causa den Begriff der aquilischen Schuld, der „injuria“ (also sowohl denjenigen der objektiven

[49]) Unter der culpa ist hier zunächst die subjektive Verschuldung zu verstehen. Liegt diese aber vor, so liegt zugleich das Moment der objektiven Widerrechtlichkeit vor.

Digitized by Google

Widerrechtlichkeit als den der subjektiven Verschuldung) völlig auf. Volenti non fit injuria.

L. 9 §. 1 i. f. D. de aqua et aq. pluv. arc. 39,3: „nullam . . . injuriam accipere qui semel voluit."

L. 7 §. 4 circ. fin. D. h. t. 9,2. Cfr. L. 145 D. de R. J. 50,17.

Der Kläger kann hier nicht etwa einwenden:

Ich habe die Tödtung der Kuh nur verlangt auf Grund der beklagtischen Erklärung, das Thier sei verloren (könne nur noch unter Qualen einige Zeit leben; also schon aus Mitleid), und in dieser Voraussetzung. Da diese Voraussetzung, wie der Obduktionsbefund ergab, in Wirklichkeit nicht vorlag, so war mein Verlangen, Beklagter möge die Kuh tödten, deshalb ohne rechtliche Wirkung, weil es auf einer irrthümlichen Voraussetzung beruhte, welche zudem der Beklagte selbst kulpos (durch seine kulpose Diagnose) herbeigeführt hatte. Beklagter war demnach keineswegs durch meine unter solchen Umständen gänzlich unwirksame Einwilligung entschuldigt, wenn er die Kuh tödtete.

Dieser Einwand würde unbegründet sein. Denn es kommt bei dem allgemein logischen volenti non fit injuria nicht darauf an, ob die Voraussetzungen des velle vorgelegen haben, sondern das velle selbst, wenn es zur Zeit der Beschädigung erkennbar vorhanden war, genügt, um die culpa des Beschädigers völlig auszuschließen (Paulus: „qui semel voluit"). Mag auch der Damnifikant selbst den Irrthum, auf dem das velle (die Einwilligung) des Beschädigten beruhte, kulpos veranlaßt haben, hier, wo es sich nur darum handelt, ob er im Einverständniß mit dem Beschuldigten die Beschädigung vorgenommen hat, ist er frei von (aquilischer) Schuld (d. h. das Erstechen der

Digitized by Google

Kuh kann ihm nicht als Schuld angerechnet werden: natürlich wohl unter Umständen die vorhergegangene culpose Herbeiführung einer irrthümlichen Voraussetzung des velle). Anders würde nur dann zu urtheilen sein, wenn der Beklagte wußte, daß der die Beschädigung wünschende dominus (Kläger) sich in einem diesem Wunsche zu Grunde liegenden thatsächlichen Irrthum befinde, oder aber und noch mehr, wenn er selbst diesen Irrthum wissentlich herbeigeführt hätte. In diesen Fällen würde er, der klägerischen Aufforderung zur Tödtung der Kuh Folge leistend, dolos gehandelt haben, (die erforderliche Verschuldung würde also in vollem Maße vorhanden gewesen sein) und der — absolut verpflichtende[50]) — dolus des Damnifikanten würde hier die actio doli begründet haben. In dem S. 349 ff. entwickelten Falle würde also nur dann, wenn in der Klage behauptet wäre, der Beklagte habe dolos eine falsche Diagnose aufgestellt und dadurch den Kläger zur Aufforderung, die Kuh zu tödten, verleitet (also gewußt, daß dem klägerischen Wunsche, die Kuh möge getödtet werden, die Voraussetzung fehle), eine

[50]) L. 27 §. 3 (cfr. §. 4) D. de pact. 2,14. L. 17 pr. D. commod. 13,6. L. 1 §. 7 D. depos. 16,3. L. 68 §. 1 D. de C. E. 18,1. L. 8 §. 10 L. 29 D. mand. 17,1. L. 11 §. 1 D. de doli mali et met. exc. 44,4. L. 61 §. 3 D. de furt. 47,2. L. 23 D. de R. J. 50,17 — Cfr. L. 5 §. 2 D. commod. 13,6 L. 36 D. de V. O. 45,1. — [L. 3 §. 1 cum. L. 4. D. de servo corr. 11,3. L. 57 D. loc. cond. 19,2. Vgl. oben S. 337 ff.]. — Der Satz, daß dem dolus die lata culpa gleichstehe —

L. 1 §. 1 D. si mensor 11,6. L. 32 D. depos. 16,3. L. 29 pr. D. mand. 17,1. L. 7 §. 1 D. de susp. tut. 26,10. L. 5 §. 15 D. ut in poss. leg. 36,4. (L. 8 §. 3 i. f. D. de prec. 43,26.) L. 1 §. 2 D. si is qui test. 47,4 —,

gilt nur bei schon bestehender Obligation. Er gilt vor allen Dingen nicht bei der actio doli und bei den 3 Deliktsklagen außer der Aquilia. Vgl. die Entsch. des Reichsoberhandelsger. Bd. X. S. 403 und Seuff. Arch. XXVII. 91.

Digitized by Google

Delikts-Klage, und zwar nur die actio doli, zulässig sein. Die Thatsache, daß Beklagter die Kuh des Klägers erstochen hat, ist im aquilischen Sinne keine causa damni (wenn auch im gewöhnlichen, natürlichen Sinne die causa proxima damni) und demnach zum Fundament der aquilischen Klage nicht geeignet. Vgl. S. 356.

II. Die zweite Ursache des klägerischen Verlustes der Kuh, causa propior (im Verhältniß zur dritten Ursache, causa remota) war das vom Kläger dem Beklagten gegenüber ausgesprochene Verlangen der Tödtung der Kuh (dies Verlangen — diese Aufforderung zur Tödtung — war die causa proxima des vom Beklagten ausgeführten Erstechens der Kuh und eine Wirkung der vom Beklagten abgegebenen Diagnose, welche wiederum für jenes Verlangen causa proxima war). Aber auch diese causa propior des vom Kläger erlittenen damnum (die Aufforderung zur Tödtung) darf nicht als causa im aquilischen Sinne betrachtet werden, da 1) der Kläger völlig im Rechte war, wenn er Tödtung der vom Bekagten ausdrücklich verloren gegebenen Kuh verlangte (vgl. S. 352 und S. 360) und vor allen Dingen da 2) Niemand an eigener Sache ein damnum injuria datum begehen kann.

III. Die dritte — oder eigentlich, wenn man die chronologische Reihenfolge vorziehen sollte, die erste und ursprüngliche — Ursache des Verlustes der Kuh für den Kläger, causa remota (mittelbare Ursache), war die vom Beklagten abgegebene Diagnose, daß die Kuh verloren sei (diese causa remota des damnum war zugleich die causa propior des Erstechens der Kuh durch den Beklagten und die causa proxima des klägerischen Verlangens der Tödtung). Sie war die Ursache der endlichen Wirkung und der beiden Zwischenursachen. Ohne sie wären die beiden letzteren, ohne sie wäre also auch die endliche Wirkung — der Verlust der Kuh für den Kläger

Digitized by Google

— nicht eingetreten (nach klägerischer Behauptung). Sie ist also im natürlichen Sinne die eigentliche, die Grund-Ursache des vom Kläger erlittenen damnum. Aber trotzdem ist sie keine causa im aquilischen Sinne, weil zwischen ihr und der endlichen Wirkung, dem damnum, die von der aquilischen Theorie geforderten Bindeglieder fehlen. Wir haben oben gesehen, daß der erste Urheber in die (auf die nächste, von ihm veranlaßte causa damni folgenden) causae mediae seinen Willen gelegt haben muß, um sie dadurch zu Bindegliedern des aquilischen Kausalnexus und zugleich zu Medien der körperlichen Einwirkung zu machen, daß aber selbst dies dann noch nicht genügt und völlig unwirksam ist (so daß der erste Urheber von aller aquilischen Haftung frei wird), wenn auch nur eine der Zwischenursachen (causae mediae) einem anderen selbstständigen, willens- und zurechnungsfähigen Individuum seine Entstehung verdankt, also wenn in eines der Bindeglieder des Kausalnexus ein (stets den Nexus zerreißender) fremder Wille gelegt ist. Die beiden nun in unserem Falle vorliegenden Zwischenursachen — die klägerische Aufforderung, Beklagter möge die Kuh tödten, und das sodann durch den Beklagten erfolgte Erstechen der Kuh — sind aber, selbst wenn zugegeben werden dürfte, daß sie vom Beklagten (also von dem ersten Urheber, von demjenigen, der die Diagnose abgab) gewollt seien, doch keine causae, bei denen das Wollen oder Vorhersehen durch den Beklagten genügen könnte um sie zu Medien der körperlichen Einwirkung, zu Mittel- und Bindegliedern des aquilischen Kausalnexus, zu machen. Denn in der ersten jener beiden causae mediae — in der klägerischen Aufforderung, Beklagter möge die Kuh tödten — ist ein fremder Wille zu Tage getreten und dies genügt, um die aquilische Haftung des ersten Urhebers aufzuheben (vgl. oben S. 344 ff. ad IX. und X.) und diejenige des willensfähigen Urhebers

Digitized by Google

der zweiten causa — d. h. der ersten Zwischenursache — zu begründen, (weil nun aber der Kläger selbst — der Eigenthümer der beschädigten Sache — der Urheber der ersten — und damit auch der zweiten — Zwischenursache der Beschädigung ist, so haftet ex damno injuria dato Niemand).[51] Nur wenn die erste Ursache (die vom Beklagten abgegebene Diagnose) bereits selbstständig — ohne das Hinzukommeo der beiden Zwischenursachen — einen Schaden angerichtet hätte, würde anders zu urtheilen sein. Da jedoch dies hier nicht der Fall ist, kann von aquilischer Haftung des Beklagten hier keine Rede sein. — Nur der dolus würde auch gegen den ersten Urheber (den Beklagten) eine Klage begründen, aber nicht die Sachbeschädigungs- sondern die Dolusklage (welche jedoch in unserem Falle, wie sich S. 358 ff. zeigen wird, wieder verdrängt werden würde durch die Kontraktsklage).

Somit ist nicht allein der aquilische Kausalnexus total zerrissen, sondern es fehlt auch die (mit ihm eng kohärirende) körperliche Einwirkung auf das Objekt, da

1. nach Dazwischenkunft des fremden Willens sich — zwischen der beklagtischen Diagnose und der eingetretenen Beschädigung — kein Medium mehr finden läßt, durch welches der Beklagte auf das Thier eingewirkt haben sollte, und da

2. die vom Beklagten abgegebene Diagnose — die eigentliche und Grund-Ursache des damnum (im natürlichen

[51] Hiergegen darf nicht etwa eingewendet werden, daß der Kläger nach Lage der Sache nicht wohl anders habe handeln können, als daß er die Tödtung der beklagtischerseits verloren gegebenen Kuh verlangte. Kläger hatte seinen freien Willen (nur auf diesen kommt es hier an) und hat ihn derartig verwerthet, daß von einem damnum inj. datum nicht mehr die Rede sein kann. [Anders ist natürlich da zu interpretiren, wo es sich um die beklagtische Haftung ex contractu handelt.]

Digitized by Google

Sinne) — nichts Körperliches ist und daher auch nicht als Medium einer körperlichen Einwirkung — sei diese nun unmittelbar oder mittelbar — auf eine Sache gelten darf.[52])

Hiernach bleibt nichts anders übrig, als dem Kläger die aquilische Klage zu verweigern und ihm statt dessen eine Kontrakts-, nämlich die Dienstmiethklage zu ertheilen [dadurch, daß einerseits der Kläger den Beklagten zur Untersuchung der Kuh herbeirief und daß andererseits der Beklagte erschien und die Kuh thierärztlich untersuchte,

---

[52]) Ferner ist noch Folgendes hervorzuheben: Wenn nicht einmal der (dolose oder kupose) Rath ein damn. inj. datum begründen kann (wie wir oben S. 346 ff. gesehen haben), so kann als causa des letzteren noch viel weniger die (wenn auch objektiv falsche und wenn auch vielleicht aus kuposer Untersuchung des Zustandes der Kuh hervorgegangene) Diagnose erscheinen. Selbst wenn der Kläger (was er nicht gethan hat) statt der einfachen Diagnose den Rath (und zwar sogar dolos) gegeben hätte, Kläger möge die Kuh durch ihn (Beklagten) tödten lassen, so würde aquilische Haftung nicht vorliegen. — Erwähnenswerth ist schließlich noch der Umstand, daß die Quellen, wo sie von aquilischer Haftung eines Arztes (bezw. Thierarztes) reden, einen dem S. 349 ff. entwickelten auch nur ähnlichen Fall nicht erwähnen, sondern stets eine positive Handlung des Arztes mit körperlicher Einwirkung auf den Patienten verlangen und zudem voraussetzen, daß der Kausalnexus zwischen jener Handlung und dem damnum nicht unterbrochen sei durch ein auf fremdem Willen beruhendes Zwischenereigniß (§. 7 und 6 Inst. h. t. 4,3. L. 7 §. ult. L. 8 pr. L. 9 pr. §. 1 D. eod. 9,2. Collat. XII. 7 §. 7). Nicht die Untersuchung und Begutachtung des Zustandes eines Patienten, sondern erst die wirkliche ärztliche Behandlung des letzteren kann event. die aquilische Haftung des Arztes begründen. Hasse, die Culpa S. 22, geht entschieden zu weit, wenn er schon ein „sich mit dem Kranken befassen" (dahin gehört auch Untersuchung und Diagnose) für genügend hält. Wenn ein Arzt den Kranken bloß (ohne ihn zu beschädigen) untersucht und mit der Erklärung, er sei verloren, fortgeht, so hat er sich zwar mit dem Kranken „befaßt", aber an eine aquilische Klage ist nicht zu

Digitized by Google

ist zwischen den beiden durch stillschweigend erklärte Willensübereinstimmung — Willenseinigung — ein Vertrag zu Stande gekommen, welcher nach der richtigen Theorie h. z. T. als Dienstmiethkontrakt (nicht etwa als Mandat oder Innominatkontrakt oder dgl.) zu betrachten ist].

L. 7 §. ult. D. h. t. 9,2.

Vgl. Windscheid II. § 404 Not. 3. 4.

Hefke, „der Arzt" ꝛc., Darmstadt 1885.

Wenn auch die beiden zwischen der Diagnose und dem Eintritt des damnum eingetretenen Zwischenursachen den aquilischen Kausalnexus völlig aufheben, so heben sie doch den Kausalnexus im gewöhnlichen und natürlichen Sinne (welcher gerade und allein für die Haftung ex contractu in Betracht kommt), so wenig auf, daß wir oben mit Recht sagen konnten, die vom Beklagten abgegebene Diagnose (in ihrer angeblichen Falschheit und mit der angeblich ihr zu Grunde liegenden Verschuldung) sei die Grund-Ursache des Verlustes der Kuh für den Kläger.

Der Kläger beweist einfach (da der Vertrag, d. h. die Uebernahme der vom Kläger verlangten Untersuchung und Begutachtung des Zustandes der Kuh durch den Beklagten,

---

denken, sondern höchstens an eine Kontraktsklage, sowie unter geeigneten Umständen an eine actio negotiorum gestorum und äußerstenfalls an die actio doli. Die beklagtischerseits abgegebene Diagnose ist demnach keine causa „damni injuria", selbst wenn man dieses im weitesten Sinne (natürlich nicht soweit, wie es in der heutigen Praxis bisweilen geschieht) auffaßt, sie kann daher weder die utilis noch die in factum actio ad exemplum legis Aquiliae begründen und überhaupt nicht als culpa in faciendo (v. Wening-Ingenheim, Lehre vom Schadensersatze 1841 S. 102: „positive culpa"), nicht als positive Handlung, sondern nur als culpa in non faciendo (cfr. L. 121 D. de R. J. 50,17), als omissio diligentiae (ex contractu praestandae), als Unterlassung in Betracht kommen.

Digitized by Google

von letzterem nicht bestritten wird) die culpa des Beklagten[53]) und die Größe des Schadens (im Beweisverfahren wird sich dann ergeben, daß mit jenem Beweise zugleich auch der Kausalnexus erwiesen ist) und dem Beklagten mag überlassen bleiben, die aus jenem klägerischen Beweise sich für das Vorhandensein des allgemeinen Kausalnexus ergebenden Schlußfolgerungen durch Gegenbeweis zu entkräften.

Vergebens würde der Beklagte die gegen ihn angestellte Dienstmiethklage zu elidiren suchen durch den Einwand, daß der Kläger ja die Tödtung der Kuh selbst verlangt und hierdurch

1. entweder auf die Geltendmachung etwaiger Schadensansprüche gegen den Beklagten stillschweigend verzichtet habe (Verzichte sind nicht zu präsumiren, insbesondere stillschweigende Verzichte[54]) sind mit äußerster Vorsicht zu behandeln und Verzichte auf ein Recht, welches zur Zeit derjenigen Willensäußerung, in welcher gerade der Verzicht gefunden werden soll, dem angeblich Verzichtenden noch unbekannt — wenn auch vielleicht schon existent — war, sind undenkbar[55]),

---

[53]) Wenn auch in allen Lehrbüchern und Monographieen über Beweislast behauptet wird, bei Kontraktsklagen habe der Beklagte zu beweisen, daß er die erforderliche Diligenz beobachtet habe, so wird doch hier, wo es sich nur um die mangelhafte Erfüllung eines Vertrags handelt, der bloße sorgfältige Thätigkeit (nicht aber die Herstellung eines bestimmten äußeren Resultats) zum Gegenstande hat, wo also die Nichtleistung dieser sorgfältigen Thätigkeit, das eigentliche Klagfundament bildet, der Kläger die behauptete culpa des Beklagten beweisen müssen. Vgl. meinen vor einigen Jahren in diesem Archiv erschienenen Aufsatz über den „Beweis der culpa bei Kontraktsklagen."

[54]) Ein Beispiel findet sich in L. 8 pr. D. quemadm. serv. am. 8,6.

[55]) Einer quellenmäßigen Begründung bedarf dieser an sich selbstverständliche Satz zwar nicht. Man vgl. jedoch L. 76 D. de R. J. 50,17 (Papinian):

Digitized by Google

2. oder doch ſich eine culpa habe zu Schulden kommen laſſen (Kläger durfte annehmen, daß der Beklagte — quippe qui ut artifex se locasset — genügende Fachkenntniſſe zur richtigen Beurtheilung des Zuſtandes der Kuh beſitze, und er handelte demnach durchaus korrekt, wenn er nach der beklagtiſcherſeits abgegebenen Diagnoſe — die Kuh ſei nicht zu retten — die Tödtung der Kuh verlangte) und daß dieſe Kulpa des Klägers event. alternativ zur Folge habe

   a. Unterbrechung des Kauſalnexus zwiſchen der beklagtiſchen culpa und dem Vermögensverluſt des Klägers[56]) und

   b. Kulpakompenſation[57]) (ad a. und b.: dieſe beiden event. Folgen der klägeriſchen culpa können überhaupt nicht in Frage gelangen, wenn dem Kläger, wie S. 360 ad 2. ſchon nachgewieſen iſt, eine culpa nicht zur Laſt fällt).

„In totum omnia, quae animi destinatione agenda sunt, non nisi vera et certa scientia perfici possunt."

[56]) Wenn auch, wie oben gezeigt, zur Unterbrechung des aquiliſchen Kauſalnexus die Intervention eines fremden Willens genügt, ſo bedarf es doch zur Unterbrechung des bei einer Dienſtmiethklage in Betracht kommenden Kauſalnexus mindeſtens klägeriſcher culpa, welche jedoch noch nicht einmal immer genügt.

[57]) Zu vgl. ſind hier: L. 9 §. 4 L. 11 pr. i. f. L. 52 §. 1 D. h. t. 9,2. L. 23 §. 8 D. de Aed. Ed. 21,1 L. 56 §. 1 D. de evict. 21,2. L. 39 D. sol. matr. 24,3. L. 61 §. 7 cum §. 6 D. de furt. 47,2. L. 203 D. de R. J. 50,17. — Cfr. (betr. dolus) L. 3 §. 3 D. de eo per quem fact. 2,10. L. 38 D. de dolo 4,3. L. 57 §. ult. D. de C. E. 18,1. — Vgl.

Mommſen, Beitr. zum ObIR. II. (Intereſſe) 1855 S. 157—163.

Seuff. Arch. XII. 26 a. E. XV. 209. XXII. 26. 145. 203. XXVII. 53. 122.

Digitized by Google

Die Dienstmiethklage, bei der es sich ja überall nicht um das Erstechen der Kuh durch den Beklagten, sondern lediglich um die mangelhafte Erfüllung der von letzterem kontraktlich übernommenen Verbindlichkeiten (um die dem Bekagten zur Last fallende omissio diligentiae) handelt, wird durch den Umstand, daß der Kläger in das Erstechen der Kuh eingewilligt hat, (da hierin, wie oben nachgewiesen, eine culpa des Klägers nicht zu erblicken ist) nicht im mindesten alterirt.

§. 10.

V. Konkurrenz zwischen Kontrakts- und aquilischen Klagen.

Wenn wir dem im Eingange des §. 9 dargestellten praktischen Falle eine kleine Modifikation zu Theil werden lassen, wie folgt:

> Der Thierarzt B. wird von A. beauftragt, dessen kranke Kuh in thierärztliche Behandlung zu nehmen, er erscheint auf die Aufforderung des A. im Hause des letzteren, trifft diesen jedoch nicht an, untersucht in Abwesenheit desselben die Kuh, gelangt zu der Ansicht, die Kuh sei unrettbar verloren und müsse getödtet werden, und ersticht demzufolge die Kuh, ohne erst den A. zu fragen. Als A. nach Hause zurückkehrt, findet er die Kuh todt, läßt sich durch Sachverständige obduziren u. s. w.,

so ist die Frage, ob hier die aquilische Klage zulässig sei, zu bejahen, da hier alle oben erwähnten Erforderniſse der letzteren vorliegen. Aber neben dieser Klage liegt auch hier die Kontraktsklage — actio conducti — vor. Muß hier (und in allen ähnlichen Fällen) der Richter im Zweifel die actio damni injuria dati oder die Kontraktsklage als angestellt betrachten? Der Richter, nicht die Partei, hat die rechtliche Natur einer angestellten Klage zu be-

Digitized by Google

urtheilen und er muß stets diejenige actio als angestellt betrachten, welche dem Kläger die geringsten Schwierigkeiten bereitet, bei welcher also der Kläger das Wenigste[58]) zu behaupten und zu beweisen hat. Er muß somit die Klage zu Gunsten des Klägers interpretiren und diesem die ihm günstigere actio ertheilen, auch wenn der Klagvortrag auf eine andere — ungünstigere, umfangreichere — actio hindeuten sollte.[59])

L 66 D. de jud. 5,1: „Si quis intentione ambigua vel oratione usus sit, id quod utilius ei est, accipiendum est.“ Ulpian.

---

[58]) „In dubio minus.“ L. 9 et 34 D. de R. J. 50,17.

[59]) Dies ergiebt sich nicht allein aus den im Text und in Not. 58 angef. Stellen, sondern auch aus der allgemeinen Rechts- und Billigkeitsregel: „in dubio mitius.“

L. 56. 168 pr. 192 §. 1 L. 200 (cfr. L. 155 §. 2) D. de R. J. 50,17. Cfr. L. 24 D. de reb. dub. 34,5. L. 47 D. de O. et A. 44,7.

Dem Satze, daß bei elektiver Klagenkonkurrenz die dem Kläger günstigere actio (z. E. diejenige, deren Fundament das weniger umfangreiche ist) als angestellt zu betrachten sei, steht nicht entgegen der bekannte Grundsatz, daß zu interpretiren sei in dubio contra eum, qui clarius loqui potuit ac debuit.“

[L. 39 D. de pact 2,14.
L. 21. 33. 72 §. 1 L. 73 §. 1 D. de C. E. 18,1 (cfr. L. 17 §. penult. et ult. D. de S. P. U. 8,2).
L. 26 D. de R. D. 34,5.
L. 38 §. 18 L. 99 pr. L. 106 D. de V. O. 45,1.]

Daß dies Prinzip — welches überhaupt nicht immer streng beobachtet wird, arg. L. 25 pr. L. 34 pr. D. de C. E. 18,1. L. 29 D. loc. cond. 19,2 — für unsere Frage überhaupt nicht in Betracht kommt, geht schon hervor aus L. 172 §. 1 D. de R. J. 50,17; und zudem hat der Kläger ja gar nicht die Pflicht, die rechtliche Natur seiner Klage (das fundamentum remotum) ausdrücklich zu erwähnen. Jura novit curia. — Der hier und im Text vertretenen Ansicht widerspricht auch nicht der Satz: „In dubio pro reo,“

Digitized by Google

L. 12 D. de reb. dub. 34,5.

L. 67 D. de R. J. 50,17: „Quotiens idem sermo duas sententias exprimit, ea potissimum excipiatur, quae rei gerendae aptior est.“ Julian.

L. 172 §. 1 D. eod. 50,17: Ambigua autem intentio ita accipienda est, ut res salva actori sit.“ Paulus.

Cfr. L. 83 §. 1 D. de V. O. 45,1.

[L. 80 §. 1 D. eod. 45,1: „Quotiens . . . ambigua oratio est, commodisimum est id accipi, quo res, qua de agitur, in tuto sit.“ Ulpian.]

Entfernt ist noch zu vergl. L. 96 D. de R. J. 50,17.

Wir haben demnach hier — und der Richter hat in jedem einzelnen Falle — zu fragen: Bringt dem Kläger die Sachbeschädigungsklage oder aber die Kontraktsklage mehr Vortheil?

I. Bei den Römern war allerdings die Sachbeschädigungsklage dem Kläger vortheilhafter als die Kontraktsklage, weil die erstere poenae causa auf Mehr ging als letztere (nämlich 1. in ihrer aestimatio ein pönales Element hatte und 2. außerdem gegen den Leugnenden noch in duplum ging). Die Römer ließen daher nicht bloß eine elektive[60]), sondern auch sogar — mit Bezug

---

[L 105 cfr. L. 126 §. 2 L. 128 pr. D. de R. J. 50,17.
L. 2. 5. 14. 21—23 D. de prob. 22,3.
L. 91 §. 3 i. f. D. de V. O. 45,1.]

ein Satz, welcher hier überhaupt keine Anwendung finden kann, weil er sich arg. L. 172 §. 1 L. 67. 96 D. de R. J. 50,17. L. 66 D. de jud. 5,1 auf unseren Fall nicht beziehen will.

[60]) L. 36 §. 2 D. de H. P. 5,3. L. 13 D. de R. V. 6,1. L. 7 §. ult. L. 18. 27 §. 11. (14.) 34 i. f. §. ult. L. 42. 57 D. ad leg. Aqu. 9,2 (cfr. L. 57 D. de R. J. 50,17). L. 16 §. 5 D. fam.

Digitized by Google

auf das durch die Sachbeschädigungsklage zu erlangende Mehr — eine sukzessive[61]) Konkurrenz zu zwischen Kontrakts- oder dinglichen Klagen einerseits und der Sachbeschädigungsklage andererseits.

II. Heutzutage jedoch müssen solche Rücksichten auf die pönale Eigenschaft der Sachbeschädigungsklage ihren Werth verlieren, da durch die im Reichsstrafgesetzbuch für dolose und zum Theil auch für kulpose Sachbeschädigungen vorgesehenen öffentlichen Strafen

[cfr. R.St.G.B. §§. 303-305. 313-318. 321-324. 326.] die Privatstrafen des damnum injuria datum völlig absorbirt werden.

> L. 6 i. f. D. de injur. 47,10: „Plane si actum sit publico judicio, denegandum est privatum; similiter ex diverso."

Auch die Strafe des Doppelten gegen den Leugnenden, von welcher

Windscheid II. §. 455 Nr. 5 a. E.

sagt, sie sei „nicht mehr in lebendigem Gebrauch," ist h. z. T. wohl völlig aus der Praxis verschwunden.

Vgl. Unterholzner, Schuldverhältnisse Bd. II. 1840. S. 702 ad VI.

---

erc. 10,2. L. 18 §. 1 D. commod. 13,6. L. 47 §. 1 L. 48—50 D. pro soc. 17,2 L. 25 §. 5 L. 30 §. 2 L. 43 (cfr. L. 42) D. loc. cond. 19,2. L. 43 §. 1 D. de R. J. 50,17. Cfr. L. 9 §. 6 D. quod met. 4,2. L. 27 §. 21 circ. fin. L. h. t. 9,2. L. 34 §. 1 L. 53 pr. D. de O. et A. 44,7.

Vgl. Hänel, vom Schadensersatze §. 35 Seuff. Arch. Bd. XXVII. Nr. 120.

[61]) L. 7 §. 1 D. commod. 13,6. L. 34 §. 2 circ. fin. D. de O. et A. 44,7. [Cfr. L. 34 pr. L. 41 §. 1 L. 60 D. eod.) L. 130 D. de R. J. 50,17. Cfr. L. 47 pr. D. pro soc. 17,2. L. 2 §. 3 D. de priv. del. 47,1. L. 88 D. de furt. 47,2. [Kleinschrod, Konkurrenz der Klagen 1849 S. 22 ff., ist beizustimmen, wenn er vor dem letzten Worte der L. 34 §. 2 D. cit. 44,7 („habet") das „non" gestrichen wissen will. Vgl. Pernice, Sachbeschädigung 1867 S. 143 f.]

Digitized by Google

Der Kläger wird also, da beide Klagen heute lediglich auf das Interesse gehen, keineswegs mit der actio damni injuria dati noch mehr erlangen können, als mit der einactio ex contractu. Damit ist entschieden, daß

1. eine sukzessive Konkurrenz beider Klagen nicht mehr denkbar ist. Was dagegen

2. die elektive Konkurrenz der beiden Klagen anbelangt, so darf man behaupten, daß in den meisten Fällen (wenn auch wohl nicht in dem hier fraglichen Rechtsfalle) der Kläger ohne Grund benachtheiligt sein würde, wenn man ihm statt der an sich zulässigen (und wohl gar ausdrücklich von ihm gewählten) Vertragsklage die Sachbeschädigungsklage aufoktroyiren wollte. Denn die letztere verlangt — als eine Deliktsklage — im Allgemeinen einen schwierigeren Beweis, als die Klage, welche sich auf einen Kontrakt stützen kann.

Vgl. Seuff. Arch. XIV. 36.

Man wird daher als Richter in den meisten Fällen elektiver Konkurrenz zwischen Sachbeschädigungs- und Vertragsklage sicherer gehen (und der Pflicht, die Klage zu Gunsten des Klägers zu interpretiren, am ersten Genüge leisten), wenn man die Klage auffaßt und behandelt als Vertrags-, nicht aber als Sachbeschädigungsklage. Dies Prinzip ist zu beobachten nicht bloß in Fällen, wo es auf der Hand liegt, daß die Vertragsklage für den Kläger vortheilhafter ist (kleineres Klagfundament hat, geringeren und leichteren Beweis verlangt), als die Sachbeschädigungsklage, sondern auch in Zweifelfällen und sogar dann, wenn im konkreten Falle (das Klagfundament zwar nicht, oder doch — was praktisch allein in's Gewicht fällt —) die Beweislast offenbar genau dieselbe ist, man mag die Sachbeschädigungs- oder die Vertragsklage der Entscheidung zu Grunde legen. Letzteres ist z. E. der Fall in dem oben

Digitized by Google

S. 361 (S. 349 ff.) dargelegten praktischen Beispiel. Man mag hier die eine oder die andere Klage zu Grunde legen, die Formulirung des Beweisurtheils (man wird es nicht ungereimt finden, daß ich hier im Institut des früheren — vor Einführung der Reichszivilprozeßordnung üblichen — Prozeßverfahrens erwähne) wird in beiden Fällen dieselbe sein. Denn der Vertrag (er liegt in der Aufforderung des Klägers dem Beklagten gegenüber, dieser möge kommen und seine Kuh in thierärztliche Behandlung nehmen, sowie darin, daß der Beklagte dieser Aufforderung folgend erschien und die thierärztliche Behandlung der Kuh übernahm) ist beklagtischerseits nicht bestritten, braucht also vom Kläger nicht noch bewiesen zu werden. Es kommt demnach (sowohl bei der Sachbeschädigungsklage als) auch bei der Vertragsklage nur noch darauf an, die culpa des Beklagten und die Größe des Schadens zu beweisen; und der Beweissatz bezüglich der beklagtischen culpa ist bei der Vertragsklage genau in gleicher Weise zu fassen als bei der Sachbeschädigungsklage, so daß der Kläger bei der letzteren mindestens nicht günstiger gestellt sein würde, als bei ersterer. Es würde demnach durchaus ungerechtfertigt sein, folgendermaßen argumentiren zu wollen:

> Bei der Vertragsklage muß event. der Kläger — wenn ihm überhaupt die Beweislast zufällt — den nach Inhalt des Vertrages erforderlichen besonderen Grad der beklagtischen Verschuldung beweisen, während er bei der actio damni injuria dati genug gethan hat, wenn er nur schlechthin eine culpa („levissima", casu proxima genügt hier) des Gegners beweist. Die Billigkeit verlangt demnach, daß in Konkurrenzfällen dem Kläger der Beweis der für die Sachbeschädigungsklage genügenden leichteren Verschuldung verstattet und daß nicht von ihm ein Beweis der besonderen Kontraktskulpa verlangt werde. —

Digitized by Google

Im Gegentheil ersieht man aus

L. 27 §. 29 (cfr. §. 23) D. h. t. 9,2.

L. 30 §. 2 D. loc. cond. 19,2 (cfr. L. 13 §. 4 5 D. eod.)

L. 54 §. 1. 2 D. de A. R. D. 41,1.

mit Bestimmtheit, daß es Handlungen gibt, welche als durch ein vorliegendes Obligationsverhältniß derartig gerechtfertigt — und daher nicht mehr im aquilischen Sinne als kulpos — erscheinen, daß aus den durch sie verursachten Beschädigungen die actio damni injuria dati entweder gar nicht oder doch höchstens unter denselben Voraussetzungen und nur in demselben Maße ertheilt wird, in welchem aus denselben Handlungen die Kontraktsklage zulässig ist. — Eine solche Handlung aber — eine Handlung, welche an sich nicht mehr als kulpos, sondern als durch das Obligationsverhältniß (den abgeschlossenen Vertrag) an sich völlig gerechtfertigt aufzufassen ist, liegt seitens des Beklagten gerade in unserem Rechtsfalle vor. Der Beweissatz würde daher, auch wenn wir ihm nicht die Kontrakts-, sondern die Sachbeschädigungsklage zu Grunde legten, nicht etwa, wie es auf den ersten Blick natürlich erscheinen könnte, folgendermaßen:

> daß der Beklagte bei der Untersuchung und Beurtheilung des Zustandes der Kuh sich ein Versehen habe zu Schulden kommen lassen,

sondern gerade so oder doch ganz ähnlich lauten müssen, wie er z. B. formulirt ist in einem ganz ähnlichen, in Seuff. Arch. Bd. XXXI. Nr. 234 mitgetheilten Falle, also etwa wie folgt:

> daß der Beklagte bei der thierärztlichen Behandlung der von ihm erstochenen Kuh des Klägers es an derjenigen Sachkunde und Geschicklichkeit, welche man in der thierärztlichen Kunst bei gewöhnlichem Fleiße und gewöhnlicher Gewissenhaftigkeit zu erwerben im Stande ist, habe fehlen lassen, u. s. w.

Digitized by Google

Denn auch in Fällen, welche an sich zur Anwendung der Aquilia sich eignen würden, ist die Haftung des Beklagten dann nie nach einem absoluten Maßstabe zu beurtheilen, wenn die Handlung, welche als die eigentliche Ursache des damnum erscheint, durch ein zwischen dem Thäter und dem Geschädigten vorliegendes Obligationsverhältniß oder durch andere Umstände wenigstens äußerlich (d. h. abgesehen von der etwa vorhandenen subjektiven Verschuldung,[62]) welche die Handlung — wie schon oben nachgewiesen ist — sofort zu einer objektiv widerrechtlichen macht[63])) gerechtfertigt ist. — Wenn demnach ein Arzt (Thierarzt) dem Vertrage gemäß ärztliche (thierärztliche) Handlungen vornimmt und dabei eine aquilische Beschädigung verübt, so haftet er nicht absolut, sondern nur nach dem allgemein für Aerzte (Thierärzte; überhaupt für Sachverständige) akzeptirten relativen Maßstabe.

Vgl. Pernice, Sachbeschädigungen S. 236:

> „Vielmehr muß hier" (bei Sach- bezw. Körperbeschädigungen) „dem Arzte ein Kunstfehler nachgewiesen werden,"

(die Richtigkeit des von Pernice a. a. O. bezüglich des

---

[62]) Liegt diese vor, so würde Beklagter auch auf Grund der Aquilia verurtheilt werden müssen und könnte sich nicht etwa darauf berufen, daß er alles, was geschehen, auf Grund des Vertrages gethan habe. Kläger hat wohl eingewilligt in die diligente thierärztliche Behandlung (und in Alles, was diese nothwendig im Gefolge führte, also event. auch in die Tödtung der Kuh) aber nicht in die kulpose. Sobald culpa vorlag, waren die Handlungen des Beklagten nicht mehr durch den Vertrag gerechtfertigt.

[63]) Auch die Quellen erwähnen (wie oben schon nachgewiesen ist) Fälle, in denen eine an sich durch den Vertrag gerechtfertigte Handlung gerade dadurch objektiv widerrechtlich (und insofern aquilisch verpflichtend) wird, daß sie kulpos ist. Vgl. z. E. L. 27 §. 29 D. h. t. 9.2.

Digitized by Google

Steuermannes noch Hinzugefügten ist sehr zu bezweifeln) und daselbst S. 238:

„Klagt" (bei Vertragsverhältnissen) „der Beschädigte mit der Aquilia, so muß er dem Beschädiger . . . ein fahrlässiges Abweichen von den kontraktlichen Bestimmungen nachweisen" (die Richtigkeit dieser Behauptung im Allgemeinen — jedenfalls ist sie für Klagen gegen Sachverständige richtig — mag hier dahin gestellt bleiben). Allgemein ist noch zu vgl. Hagemeister in Löhr's Magazin für Rechtswiss. und Gesetzgebg. Bd. III. Nr. VI. S. 145 ff. (und Seuff. Arch. XXXI. 141).

Da somit der Kläger hier und in den meisten Fällen davon, daß ihm statt der Kontraktsklage die actio legis Aquiliae ertheilt wird, nicht den geringsten Vortheil, im Gegentheil oft erheblichen Nachtheil hat (da manchmal bei Vertragsklagen, dagegen nie bei aquilischen Klagen*), der Beklagte selbst seine Diligenz zu beweisen hat), so muß bei vorliegender Klagenkonkurrenz stets — wenn nicht ganz besondere Bedenken entgegenstehen — der Sachbeschädigungs- die Vertragsklage vorgezogen werden. Dies Prinzip wird denn u. A. auch in dem S. 367 erwähnten Rechtsfalle in Seuff. Arch. XXXI. 234 befolgt (hier wird, obgleich die actio damni injuria dati elektiv konkurrirt, doch nur die actio conducti der Entscheidung zu Grunde gelegt). — Gleiches läßt sich z. E. für Konkurrenzfälle zwischen dinglichen und Sachbeschädigungsklagen behaupten, und zwar aus ungefähr denselben Gründen, welche mit Rücksicht auf Vertragsklagen bereits angeführt sind (z. B. auch bei Schadensersatzklagen aus dinglichem Recht wird gewöhnlich der Beklagte seine Diligenz beweisen müssen,

*) Ueberhaupt nie bei Deliktsklagen.

Digitized by Google

und der Grad der Haftung ist praktisch hier derselbe wie bei Sachbeschädigungsklagen). Aber rücksichtlich dieser Frage noch einen Rechtsfall zu erörtern würde zu weit führen.

§. 11.

VI. Rekapitulation.

Der Zweck dieser Abhandlung — den in Theorie und Praxis rücksichtlich des Begriffes damnum injuria datum neuerdings hervortretenden Erweiterungstendenzen an der Hand der römischrechtlichen Quellen entgegenzutreten — ist erreicht, nachdem bewiesen ist, der Begriff des damnum injuria datum involvire folgende Erfordernisse:

1. Beschädigung oder Vernichtung einer fremden körperlichen Sache bezw. eines Körpers.

2. Culpa (injuria). Der Begriff der culpa enthält hier zugleich das Moment der objektiven Widerrechtlichkeit. Vgl. ad 5.

3. Positive Thätigkeit. Unterlassungen genügen nie, da Niemand, außer in Obligationsverhältnissen, einem Anderen gegenüber zu einem facere verpflichtet ist.

4. Körperliche Einwirkung, und zwar mindestens mittelbare, auf das Objekt der Beschädigung.

5. Den aquilischen Kausalnexus. Dieser, sowie der Begriff der aquilischen Schuld und derjenige der körperlichen Einwirkung auf das Objekt, verlangen (wenn nicht unmittelbare körperliche Einwirkung, und nicht bloß eine, vom Urheber direkt ausgegangene, causa damni vorlag, sondern), wenn außer der direkt vom Urheber des damnum ausgegangenen causa damni noch Zwischenursachen (causae mediae, Medien der körperlichen Einwirkung) zu dem damnum mitgewirkt haben, eine ganz besondere Willensstimmung des Thäters (des Urhebers der ersten causa). Nämlich:

Digitized by Google

a. Wenn die causae mediae an sich von keinem Willen beseelt (z. E. elementare Ereignisse) waren, so muß der Urheber der ersten causa in jene seinen Willen gelegt, d. h. sie entweder direkt gewollt oder doch die Pflicht gehabt haben, sie vorherzusehen (z. E. wenn sie mit Naturnothwendigkeit eintreten bezw. aus seiner Handlung folgen mußten). In solchem Falle und nur dann sind ihm die causae mediae imputabel, sind Medien der körperlichen Einwirkung (Werkzeuge, Instrumente), Bindeglieder des aquilischen Kausalnexus, und zerstören nicht das Moment der aquilischen Schuld.

b. Wenn dagegen in einer der causae mediae ein fremder Wille zu Tage getreten ist, also eine der Zwischenursachen einen selbstständigen — vom Urheber der ersten causa unabhängigen —, willens- und zurechnungsfähigen Urheber hat, so haftet dieser (letztere) auf Ersatz des damnum und der Urheber der ersten causa ist*) von jeder Haftung frei. So z. E. haftet der Anstifter (sowie der Rathgeber) als solcher nie aquilisch.

c. Wenn der Urheber einer Zwischenursache zufällig der Eigenthümer der beschädigten Sache ist — d. h. wenn dieser in eine Zwischenursache, eine causa media damni, seinen Willen gelegt hat — so haftet ex damno injuria dato Niemand. Denn eigentlich müßte hier nach dem ad b. Gesagten der Eigenthümer selbst haften, aber an eigener Sache kann man bekanntlich kein damnum injuria

*) Immer vorausgesetzt, daß nicht schon die erste causa an und für sich — ohne das Hinzukommen der Zwischenursachen — ein damnum verursacht hat. Aber dieser Vorbehalt ist eigentlich selbstverständlich und daher überflüssig. Denn sobald die erste causa selbständig ein damnum veranlaßt hat, kann ja — soweit die Haftung des Urhebers der ersten causa in Frage kommt — von Zwischenursachen gar keine Rede mehr sein. Im Text wird hier stets vorausgesetzt, daß zur Entstehung des damnum die Zwischenursachen erforderlich waren.

Digitized by Google

datum begehen. Trotzdem jedoch befreit der Eigenthümer dadurch, daß er in einer der causae mediae damni seinen Willen zum Ausdruck brachte den Urheber der ersten causa (causa remota) von jeder Haftung, so daß ihm eine aquiliſche Klage gegen dieſen nicht mehr zuſteht (oben §. 9).

[In Konkurrenzfällen zwiſchen der aquiliſchen Klage und Kontrakts- (dinglichen ꝛc.) Klagen iſt im Zweifel immer die Kontrakts- (dingliche ꝛc.) Klage der Sachbeſchädigungsklage vorzuziehen (vom Richter als klägeriſcherſeits angeſtellt zu betrachten), da in weitaus den meiſten Fällen die Durchführung einer Kontrakts- ꝛc. Klage dem Kläger geringere (in den übrigen ſehr wenigen Fällen dagegen höchſtens gleiche) Schwierigkeiten bietet, als diejenige einer actio damni injuria dati.

Der Richter hat hiernach in jedem einzelnen Falle gewiſſenhaft zu prüfen:

1) Iſt überhaupt hier eine actio damni injuria dati zuläſſig?

und im Bejahungsfalle:

2) Gibt es nicht neben dieſer noch eine andere (auf Vertrag oder dingliches Recht geſtützte) actio, welche dem Kläger ertheilt werden könnte?

und wenn auch die letzte Frage bejaht wird, ſo iſt immer noch die Sachbeſchädigungsklage als überflüſſig und gefährlich zu verwerfen.]

Digitized by Google

Nachtrag.

(Zu der Abhandlung über das „Wesen des damnum injuria datum").

Von Herrn Gerichtsassessor Dr. August Hefke.

In der obigen Abhandlung S. 228 habe ich behauptet, das Wort damnum sei abzuleiten von demere, habe jedoch dabei ein tieferes Eingehen auf die hier in Betracht kommenden etymologischen Ansichten Anderer unterlassen, da ich annahm, die Richtigkeit meiner etymologischen Erklärung des Wortes damnum werde wohl von keiner Seite ernstlich in Zweifel gezogen werden.

Da mir nun aber einige Zeit nach der Vollendung der obigen Abhandlung über das damnum injuria datum unter Anderem der Aufsatz von Moritz Voigt: „über den Bedeutungswechsel gewisser die Zurechnung und den ökonomischen Erfolg einer That bezeichnender technischer lateinischer Ausdrücke" *) zugänglich geworden ist und ich aus diesem Aufsatze ersehe, daß sowohl die etymologische Ableitung als die begriffliche Erklärung des Wortes damnum erheblichen Kontroversen unterworfen ist, so erachte ich es für nicht unangemessen, im vorliegenden Nachtrage etwas näher auf erwähnte Kontroversen einzugehen.

*) In dem XVI. Bande der „Abhandlungen der Königl. Sächsischen Gesellschaft der Wissenschaften", Leipzig 1874, S. 1 ff. (soweit das „damnum" in Betracht kommt, S. 142 ff.).

Digitized by Google

Es werden von verschiedenen Gelehrten ganz verschiedene etymologische Ableitungen des Wortes „damnum“ gegeben (ich werde diese Ableitungen weiterhin ad 1—5 aufführen), aber alle diese etymologischen Ableitungen sind m. E. unhaltbar, da sie für die Worte damnum, damnare (um mit M. Voigt a. a. O. S. 143 zu reden) „eine Grundbedeutung ergeben, welcher der Begriff nicht adäquat ist, den diese Worte im“ Römischen „vertreten“. Fast wörtlich sagt dies M. Voigt a. a. O. S. 143, gelangt jedoch dabei zu der merkwürdigen Ansicht, damnare — damnum bedeute seinem Urbegriffe nach: binden — Band. Die von den einzelnen Gelehrten aufgestellten etymologischen Ableitungen des Wortes damnum (damnare) sind nach M. Voigt a. a. O. S. 142 ff. folgende:

1. In Uebereinstimmung mit Pernice behauptet Ritschl im Rhein. Mus. für Philologie N. F. 1861 Bd. XVI. S. 304 ff., das Wort damnum sei von dare abzuleiten.

Diese Ansicht — gegen welche aufgetreten sind Curtius und Düntzer und welche zu widerlegen auch von mir in meiner Abhandlung über das damnum injuria datum versucht worden ist — führt (obgleich M. Voigt a. a. O. S. 142 dies nicht völlig zugeben will) zu der Konsequenz, daß unter „damnum“ Gabe zu verstehen sei. Damnare würde hiernach etwa „zu einer Gabe verpflichten“ oder „eine Gabe auflegen“ bedeuten. — Diese, von Pernice und Ritschl vertretene, Ansicht entbehrt einfach jeglicher Begründung und ist absolut nicht zu beweisen — eine Belegstelle dafür, daß das Wort damnum, sei es nun im Altrömischen oder im späteren Römischen, Gabe bedeute, wird Niemand aufzufinden im Stande sein —, sie bedarf daher auch keiner Widerlegung (keines Gegenbeweises).

2. Düntzer in Kuhne's Zeitschrift für vergleichende Sprachforschung, 1861 Bd. XI. S. 64 ff., leitet im Anschluß an Scaliger und Döderlein (Synonymik VI. 95)

Digitized by Google

das Wort damnum ab von δαπάνη — dapnum, und erkennt als die Wurzel des Wortes an: entweder

dap oder dab, aufwenden, ausgeben, oder
dap, verletzen, oder
dabh, vernichten. (Sanskrit.)

Nach dieser Ansicht muß das Wort damnum entweder die Bedeutung von „Aufwand", „Ausgabe" — für diesen Fall gilt in vollem Umfange das ad 1. bereits Gesagte — oder die Bedeutung von „Verletzung" oder gar diejenige von „Vernichtung" haben. Daß nun aber damnum nicht oder wenigstens nicht in erster Linie „Vernichtung" bedeutet (in diesem Falle würde ja auch damnare, in erster Linie „Vernichtung auflegen" bezw. „vernichten" bedeuten, was doch wohl Niemand annehmen wird), das liegt auf der Hand. Auch bedeutet damnum nicht eigentlich Verletzung (zwischen Verlust, Schaden, Nachtheil einerseits und Verletzung andererseits ist immerhin noch ein begrifflicher Unterschied). — Mir scheint es überhaupt unzweckmäßig, die Wurzel des Wortes damnum direkt im Sanskrit zu suchen. Damnum ist jedenfalls kein lateinisches Urwort, dessen Wurzel direkt aus einer anderen Sprache herstammt; sondern die Wurzel des Wortes damnum findet sich noch in der lateinischen Sprache selbst, und zwar, wie bereits erwähnt, in dem Worte demere. Mögen die Gelehrten den Ursprung des Wortes demere im Sanskrit suchen! (wobei dieselben dann zu berücksichtigen haben werden, daß „demere" weder aufwenden, ausgeben, noch verletzen oder vernichten, sondern einfach wegnehmen bedeutet, daß es sich demnach zunächst darum handelt, im Sanskrit eine Wurzel von gerade der letzteren Bedeutung*) zu finden).

*) Dem Etymologen ist es keinenfalls erlaubt, die eigentliche Bedeutung des Wortes, dessen Wurzel er sucht, außer Acht zu lassen.

Digitized by Google

3 Curtius, Grundzüge der griechischen Etymologie S. 223, und Huschke, Gaius S. 121. A. 19, behaupten — ersterer zweifelnd, letzterer ganz bestimmt — einen Zusammenhang zwischen damnum und ζημία (Strafe). — Ein, auf gemeinsamer Urwurzel (welche etwa im Sanskrit zu suchen sein würde) beruhender, aber jedenfalls sehr loser, Zusammenhang zwischen damnum und ζημία mag vorhanden sein; unter allen Umständen aber würde es verkehrt sein, einen derartig engen Zusammenhang zwischen ζημία und damnum anzunehmen, daß man auf Grund solchen engen Zusammenhanges die Behauptung für gerechtfertigt hielte: damnum bedeute eigentlich Strafe (wie ζημία). Die Bedeutung von „Strafe" hat damnum nie gehabt. Auch das Wort damnare hat wohl nie eigentlich „strafen", sondern immer bloß „verurtheilen" bedeutet; und zwar bezeichnen die Worte damnare, condemnare, technisch den formalen Richterakt des Verurtheilens. Für den Begriff des Strafens haben die Römer viele andere Worte gehabt (punire — poena; castigare; coercere; animadvertere; reprehendere).

4. Leo Meyer, vergleichende Grammatik I. 410 führt das Wort damnum zurück auf die Wurzel dam: zähmen, bändigen (domare). Diese Ansicht führt konsequent dahin, daß damnum so viel bedeute als „Bändigung", „Zähmung". Wer aber möchte solcher Ansicht beistimmen? Läßt sich auch nur eine einzige Belegstelle für sie finden? Es wird überflüssig sein, noch mehr Worte über Leo Meyer's Ansicht zu verlieren.

5. Nach den ad 1—4. dargestellten Ansichten ist nunmehr noch die Ansicht von Moritz Voigt zu erwähnen. M. Voigt a. a. O. S. 144 leitet damnum, damnare, zurück auf die Sanskritwurzel dâ: binden (dâman: Band, Fessel, Schnur; dâmâ, Band), griechisch δέω, δίδημι, binde; δέσις Binden; δεσμός, Band. — Nach dieser, von

Digitized by Google

der Ansicht Leo Meyer's nicht sehr weit entfernten, Meinung bedeutet damnum Band bezw. Verbindlichkeit, damnare binden bezw. verbindlich machen oder eine Verbindlichkeit (Pflicht) auflegen. M. Voigt hält diese Bedeutung des Wortes damnum (damnare) für die altrömische und sucht a. a. O. S. 145 ff. seine Ansicht durch eine Menge von Beweisstellen zu begründen; jedoch ist dieser Versuch als total mißlungen zu bezeichnen, da die von M. Voigt angeführten Stellen für die Ansicht des letzteren nichts oder doch wenigstens nicht mehr als für jede beliebige andere — z. B. auch für meine — Ansicht beweisen.

a. Schon auf den ersten Blick wird die Behauptung jedem kühn erscheinen, daß das Wort damnum seinem ursprünglichen Begriffe nach Rechtsverbindlichkeit bedeute; da außer M. Voigt wohl Jedermann der Ansicht ist, damnum bedeute in erster Linie (und habe auch nie etwas Anderes bedeutet, als:) Nachtheil, Verlust, Schaden, und zwar vorwiegend — im Gegensatze zu dem viel allgemeineren detrimentum — denjenigen Schaden, Nachtheil, Verlust, der Jemandem verursacht ist durch die strafbare Handlung eines Anderen (furtum, rapina, Sachbeschädigung).

b. Die von M. Voigt S. 145 ff. (unter B.) für seine Ansicht, aber mit besonderer, oder vielmehr mit einziger, Rücksicht auf das Wort damnare, angeführten Stellen sind nicht im Stande, unsere Ansicht zu erschüttern, denn abgesehen davon, daß es gewagt ist, aus der Bedeutung des durch langen technischen Gebrauch zu einer gewissen selbständigen Stellung emporgestiegenen damnare auf die Bedeutung des Wortes damnum Schlüsse ziehen zu wollen, ist es durchaus nicht unmöglich, in allen jenen, von M. Voigt für seine Ansicht angeführten Stellen dem damnare die Bedeutung zu geben: „Nachtheil auflegen", „in Nachtheil versetzen", und zwar „den durch die eigene strafbare Handlung des reus verursachten Nachtheil (Schaden, Ver-

Digitized by Google

lust; nämlich denjenigen des actor) dem reus auflegen" bezw. „dem reus den Ersatz dieses Nachtheils auflegen", ihm „Schadensersatz auflegen". Diese Bedeutung des damnare ist jedenfalls die weitaus am nächsten liegende; jede andere dagegen ist gesucht und unbeweisbar.

c. M. Voigt führt a a. O. S. 149 ff. unter C. für seine Ansicht uns zwei fernere, quellenmäßige Belege vor, nämlich:

1. Ein Gesetz der XII.-Tafeln (XII. 2) bei Serv. Sulpicius Rufus in Fest. v. vindiciae:

> „Si vindiciam falsam tulit, si velit is, (prae-)tor arbitros tris dato. Eorum arbitrio (reus?) fructus duplione damnum decidito".

M. Voigt glaubt, diese Stelle benutzen zu können für seine Ansicht, daß die älteste Bedeutung von damnum „Rechtsverbindlichkeit" sei und daß das „damnum decidere" hier „die Rechtsverbindlichkeit bereinigen, begleichen" bedeute. Er behauptet zugleich, bei damnum sei nicht an den Begriff von Schaden zu denken, da letzterer „in den XII. Tafeln technisch durch noxia vertreten werde" (die Unrichtigkeit insbesondere dieser letzten Behauptung wird gleich nachgewiesen werden). — Das „rei et fructus duplione damnum decidere" bedeutet weiter nichts, als: den angerichteten Schaden doppelt begleichen, bereinigen, oder noch wörtlicher: den (angerichteten) Schaden niederschlagen (de-cidere), also den Nachtheil aus der Welt schaffen, ihn ersetzen. Hier unter dem damnum decidere „die Rechtsverbindlichkeit begleichen" zu verstehen, liegt nicht der mindeste Grund vor. — Ferner ist die Ansicht M. Voigt's, in den Zwölftafeln werde der Begriff Schaden allein durch noxia vertreten, ebenfalls durchaus verkehrt. Aus den Zwölftafeln (XII. 1) ist uns allerdings folgendes Fragment erhalten (cfr. L. 2 § 1 D. de N. A. 9,4):

> „Si servus furtum faxit noxiamve noxit",

Digitized by Google

und hier wird noxia in der Bedeutung von Schaden gebraucht. M. Voigt übersieht aber, wie es scheint, vollständig, daß diese Stelle sagt: „Si servus“ ꝛc. Das Wort noxia (sowie das hiermit harmonirende naxit“) wird nie anders gebraucht, als nur da, wo es sich um einen durch Sklaven (oder Thiere) verursachten Schaden handelt. Noxia bedeutet den Schaden, den ein Sklave verursacht hat; ersetzt wird dieser Schaden entweder durch Ersatz der rei aestimatio oder durch noxae datio. Damnum dagegen bedeutet im Gegensatze zur noxia den durch einen Freien verursachten Schaden. Insbesondere der technische Ausdruck „damnum decidere“ ist absolut ungebräuchlich bei Beschädigungen durch Sklaven; hier muß im Gegentheil der dominus entweder „litis aestimationem suffere“ oder den Sklaven „noxae dedere“. — Hiermit fällt der einzige, an und für sich vielleicht einigermaßen triftige Beweisgrund für die Ansicht M. Voigt's, das damnum bedeute ursprünglich „Rechtsverbindlichkeit“, kläglich in sich zusammen. Als fernere quellenmäßige Belegstelle für seine Ansicht erwähnt M. Voigt noch

2. Die intentio der actio furti (ope, consilio facti) bei Cicero de Nat. Deor. III. 30; 74 und Gaj. IV. 37 (cfr. IV. 45) mit der Schlußformel: „ . . . pro fure damnum decidere oportere.“ Auch hier bedeutet damnum nach dem eben Entwickelten nichts Anderes als Schaden, Nachtheil, nicht aber das, was Voigt gern in das Wort hineinlegen möchte.

d. M. Voigt (vgl. dens. a. a. O. S. 151 ff. unter **D.**) behauptet ferner, daß die jüngere, urkundlich zuerst in der lex Aquilia (anno 467 a. u.) hervortretende Bedeutung von damnum „Schaden“ sei, daß also die Bedeutung desselben Wortes (damnum) in schrofffter Art gewechselt habe. Er führt höchst überflüssiger Weise für diese, nach seiner Ansicht jüngere, Bedeutung des „damnum“ S.

Digitized by Google

151 ff. noch eine lange Reihe von Belegstellen an. — Der Titel seines ganzen Aufsatzes heißt: „Ueber den Bedeutungswechsel" ꝛc. ꝛc., und in der Tendenz, diesem Titel im Aufsatze selbst möglichst gerecht zu werden, mag M. Voigt zu dem fruchtlosen Bestreben gelangt sein, auch beim damnum einen „Bedeutungswechsel" herauszuschlagen, nöthigenfalls zu erfinden. — Ob M. Voigt bei den übrigen, in dem fragl. Aufsatze von ihm behandelten Worten (culpa*), dolus etc.) den „Bedeutungswechsel" mit Recht oder mit Unrecht behauptet, das zu untersuchen ist hier nicht der Ort: es mag uns genügen, nachgewiesen zu haben, daß jener Gelehrte bei dem angeblichen Bedeutungswechsel des damnum unbedingt sich im Irrthum befindet. — Das Wort damnum — etymologisch abzuleiten von demere — hat nie eine andere Bedeutung gehabt, als diejenige von: Schaden, Verlust, Nachtheil. **)

*) Ich möchte hier beispielsweise jedoch darauf hinweisen, mit welcher Dürftigkeit a. a. O. S. 6 ff. die etymologische Ableitung des Wortes culpa behandelt wird.

**) Man kann sich unter damnum — demtum — etwa denken: das durch die rechtswidrige, auf eine körperliche Sache bezügliche (vgl. oben S. 226 ff.) That eines Anderen aus dem Vermögen Jemandes Weggenommene; und unter damnare (demere): das ausgleichende Wieder-Wegnehmen des dem beschädigten Vermögen Entzogenen oder seines Werthes aus dem Vermögen des Thäters; ein Wieder-Wegnehmen, welches unter Umständen poenae causa vervielfacht, z. E. duplirt, quadruplirt, wurde.

Digitized by Google

X.

Der Erwerb des Legatars aus dem Vermächtnisse des Nießbrauchs.

Aus einer von der Straßburger Juristenfakultät gekrönten Preisschrift.

Von Herrn Ernst Burg in Straßburg i. E.

Der Erwerb des Legatars aus dem Vermächtnisse des Nießbrauches ist in der umfangreichen Literatur dieses Institutes in zwiefacher Weise Gegenstand der Controverse; der Streit dreht sich um die beiden Fragen: „Was erwirbt der Legatar?“ und: „Wann erwirbt er?“ Die letztere Frage, welche allein das Objekt unserer Untersuchung bilden soll, läßt sich völlig unabhängig und gesondert von der ersten behandeln und zur Entscheidung führen; denn auf ihre quellenmäßige Lösung kann es keinen Einfluß üben, ob man z. B. der Meinung ist, daß der Legatar eines quasi usus-fructus nur einen Anspruch auf Eigenthums-Uebertragung gegen den Erben erhalte, oder ob man glaubt, daß er das Eigenthum selbst aus dem Legate erwerbe. In beiden Fällen erwirbt er aus dem Legate ein Recht; und nur den Zeitpunkt dieses Erwerbes wollen wir zu bestimmen versuchen.

Wir müssen dabei zwischen den drei verschiedenen Gestaltungen unterscheiden, in welchen sich der ökonomische Zweck des Nießbrauches gemäß der Verschiedenheit der von ihm

Digitized by Google

erfaßten Objekte im römischen Rechte verwirklicht hat: zwischen dem Nießbrauche der unverbrauchbaren Sachen, verus ususfructus, dem Nießbrauche der verbrauchbaren Sachen, quasi ususfructus[1]), und dem Nießbrauche der Forderungen, ususfructus nominis. —

In der Literatur stehen sich bezüglich unserer Frage zwei Ansichten gegenüber. Die eine, von der überwiegenden Anzahl[2]) vertreten, geht dahin, daß der Legatar sein Recht im Momente des Erbschafts-Antrittes erwerbe, eine Klage gegen den Erben jedoch erst durch die Cautions-Leistung erhalte, während die andere, von Elvers[3]) allein vertheidigte, bei allen drei Arten des Nießbrauches auch das Recht, nicht nur die Klage, erst im Momente der Cautions-Leistung entstehen läßt. Nach der ersteren hätte also die gesetzliche Vorschrift der Cautions-Leistung suspensive Bedeutung für die Ausübung des schon erworbenen Rechtes gegen den Erben, nach der letzteren für den Erwerb dieses Rechtes selbst; nach beiden Meinungen aber hätte sie bei dem qu. und nom. usfr. gleiche Bedeutung, wie bei dem ver. usfr. —

---

[1]) Ich beschränke, dem gemeinen Gebrauch entgegen, die Bezeichnung „qu. usfr." auf den Nießbrauch an verbrauchbaren Sachen, indem ich ihm den usfr. nom. nicht als Abart unterordne, sondern als gleichberechtigte Nebenart zur Seite stelle. Es entspricht diese Bezeichnungsweise einerseits mehr dem Sprachgebrauche der Quellen, während sie andrerseits dem trotz vieler Aehnlichkeiten bestehenden fundamentalen Gegensatze beider Rechtsfiguren Gerechtigkeit widerfahren läßt. —

[2]) Vgl. u. A.: Glück: Ausführliche Erläuterung der Pandekten. Bd. IX. pag. 421 oben; Rohde: Zur Lehre vom ususfructus nominis. pag. 30. §. 7; Mansbach: Der Nießbrauch an Forderungen. §. 12. pag. 65; Dunker: Bemerkungen über den Nießbrauch an Forderungen. Archiv f. prakt. Rechtswissenschaft. Bd. VI. Nr. VI. pag. 114; Stammler: Der Nießbrauch an Forderungen. Erlangen 1880. pag. 132; Bürkel: Beiträge zur Lehre vom Nießbrauch. §. 7. pag. 130.

[3]) Elvers: Die römische Servitutenlehre. Marburg 1856. pag. 551 ff. §. 56; zu vgl. mit pag. 451. §. 50. —

Digitized by Google

Ich kann mich keiner dieser Ansichten anschließen; vielmehr halte ich die erste bezüglich des qu. und nom. usfr., die zweite bezüglich des ver. usfr. für falsch. Ich glaube, daß der Elvers'sche Gedanke in der weiten Ausdehnung, die ihm der Verfasser auf alle drei Arten des Nießbrauches giebt, verfehlt ist, während er eine eigenthümliche Bedeutung in der Beschränkung auf den qu. und nom. usfr. gewinnen wird.

Elvers begründet seine Ansicht mit einer m. E. ziemlich dürftigen rechtshistorischen Deduktion, die, wie Stammler etwas scharf, aber völlig zutreffend bemerkt, darin gipfelt, daß das von ihm behauptete Verhältniß nur für die ältere und älteste Zeit Sinn gehabt habe, jedoch durch Irrthum und Kurzsichtigkeit der römischen Juristen beibehalten und durch sie in das justinianische und gemeine Recht der Gegenwart übergeleitet worden sei.

Die Elvers'sche Ausführung, welche auf dem Satze des alten Rechtes basirt, daß der Honorirte nicht zugleich onerirt werden dürfe, ist sicherlich nicht sehr ansprechend; man könnte sie zur Noth vielleicht gelten lassen, um eine Quellen-Entscheidung zu erklären, niemals aber, um sie zu ersetzen oder gar zu überwinden! Dies aber müßte sie thun, denn Bürkel[4]) und Stammler[5]) führen eine Reihe von Stellen an, die unzweifelhaft mit der Elvers'schen Theorie in unvereinbarem Widerspruche stehen. Dabei aber gehen sie ihrerseits weit über das richtige Ziel hinaus. Wir müssen die von ihnen angezogenen Stellen der Reihe nach durchgehen und die gegebene Interpretation prüfen.

Vorher sei mir noch eine Bemerkung, den Sprachgebrauch der Quellen betreffend, erlaubt.

Die Quellen nennen sowohl den Nießbrauch an unver-

---

[4]) Bürkel: l. c. pag. 130 und 131.

[5]) Stammler: l. c. pag. 131.

Digitized by Google

brauchbaren als auch an verbrauchbaren Sachen und Forderungen schlechtweg ususfructus, den durch ihn Berechtigten usufructuarius (resp. fructuarius). Der Ausdruck quasi ususfructus ist ihnen als ein Substantivum, nominis ususfructus als terminus technicus fremd. Da aber die Quellen gewöhnlich ihre Entscheidungen mit Rücksicht auf konkrete Fälle abgeben, so wird meistens jeder Zweifel ausgeschlossen sein, von welcher Art des Nießbrauches sie handeln. Wie aber, wenn sie in rein-theoretischer Entwicklung vom ususfructus und usufructuarius sprechen? Fast alle Schriftsteller haben solche Stellen mitunter dahin aufgefaßt, daß in diesem „usufructus" alle drei Arten des Nießbrauches eingeschlossen seien. Dies ist unrichtig. Die Quellen verstehen vielmehr unter ususfructus ohne Zusatz des Objektes in theoretischer Entwicklung nur den ursprünglichen, den „wahren Nießbrauch"; wollen sie in solcher Erörterung mehrere Arten zusammenfassen, so thun sie dies expressis verbis[6]); wollen sie nur den qu. oder nom. usfr. treffen, so wählen sie einen Repräsentanten desselben. Ein Blick in das siebente Buch der Digesten beweist diesen Sprachgebrauch! Denn, wie wir hier auf der einen Seite klar die Unmöglichkeit erkennen, unter dem „ususfructus" schlechtweg ohne Bezeichnung des Falles oder des Objektes etwas Anderes als den ver. usfr. zu verstehen, z. B. gleich in der Legaldefinition der l. 1. D. de usufructu et quemadmodum (7,1), so erkennen wir auf der anderen Seite im fünften Titel dieses Buches die außerordentliche Akribie der Quellen. In diesem Titel, welcher „de usufructu earum rerum quae usu consumuntur vel minuuntur" handelt, wäre es gewiß, wenn irgendwo, unverfänglich gewesen, den qu. usfr. durch „ususfructus" allein zu bezeichnen. Nichts desto weniger

[6]) z. B. in l. 13. pr. D. de usufructu et quemadmodum (7,1): omnem usumfructum.

Digitized by Google

sehen wir, daß die Quellen in jedem der zwölf Fragmente dieses Titels immer von Neuem der Besonderheit dieses Ususfruktes durch den Zusatz des Objektes gerecht werden, am Auffälligsten wohl in der l. 10. pr. h. t., die jeder Leser ohne Ausnahme auch ohne den Zusatz „pecuniae" vom qu. usfr. verstehen müßte, da sie ja nur den Nebensatz zu der vorhergehenden l. 9. bildet. Einen schlagenden Beweis liefert auch §. 2. u. 3. J. de usufructu (2,4): nachdem §. 2. zuletzt vom qu. usfr. gehandelt, werden mit den Worten „finitur autem ususfructus" (ohne Zusatz des Objektes) die Grundsätze über die Endigung des ver. usfr. eingeleitet.[7])

Betrachten wir nun mit Rücksicht auf diesen Sprachgebrauch die Stellen, auf welche Stammler und Bürkel sich stützen, so werden wir Elvers gegenüber zu einem wesentlich anderen Resultate gelangen, als sie. Zunächst die Stellen, welche sich auf den ver. usfr. beziehen!

Unzweifelhaft thun dies, auch für die Gegner des von uns behaupteten Sprachgebrauchs: l. un. §. 2. D. quando dies ususfructus legati cedat (7,3), l. 7. D. usufructuarius quemadmodum caveat (7,9) und l. 13. pr. D de usufructu et quemadmodum (7,1).

l. un. §. 2. cit. Dies autem ususfructus, item usus, non prius cedet, quam hereditas adeatur. Tunc enim constituitur ususfructus, cum quis jam frui potest.[8])

Bürkel citirt ausdrücklich nur diese Worte der Stelle;

---

[7]) Daß sie sich nur auf diesen beziehen, beweisen sowohl die Worte „et non utendo per modum et tempus", wie auch die Fortsetzung von „Item finitur ususfructus" an.

[8]) Wie man auch diese Stelle auf den qu. usfr. hat beziehen können (so z. B. Held: Die Lehre vom „Ususfructus earum rerum, quae usu consumuntur vel mimuntur" (Tit. Dig. VII, 5.). Würzburg 1848. §. 3.), ist mir nicht verständlich; ein „frui" oder, wie die Stelle gleich darauf sagt, „uti et frui" tritt bei dem qu. usfr. ja überhaupt niemals ein.

Digitized by Google

ohne die folgenden beweisen sie aber gar nichts für ihn und wider Elvers; denn, während der erste Satz nur bestimmt, daß der dies cedens nicht vor dem Erbschafts-Antritte eintritt, womit noch keineswegs gesagt ist, daß er stets mit dem Erbschafts-Antritte eintreten müsse[9]), ließe der zweite Satz an sich die Elvers'sche Auffassung völlig zu. Denn ein „frui posse" im juristischen Sinne tritt ja auch nach Bürkels Ansicht erst mit der Cautions-Leistung ein. Die folgenden, von Bürkel nicht citirten, Sätze aber sprechen allerdings gegen Elvers[10]), denn es geht aus ihnen klar hervor, daß nicht erst das rechtliche, sondern schon das faktische Können mit jenem „posse" gemeint ist, daß also nur der Erbschafts-Antritt und das faktische „frui posse" Bedingungen des Rechts-Erwerbes sind. Von einer weiteren Voraussetzung, wie sie nach Elvers in der Cautions-Leistung läge, ist nicht die Rede.

l. 7. D. cit.: Et si ususfructus nomine re tradita satisdatum non fuerit, Proculus ait, posse heredem rem vindicare. Et si obiciatur exceptio de re ususfructus nomine tradita, replicandum erit.

Die Stelle handelt schon um dessentwillen ausschließlich vom ver. usfr., weil dem Erben nach Uebergabe der Sache noch die rei vindicatio zugebilligt ist, bei dem qu. usfr. aber die Uebergabe den Eigenthums-Verlust für den Erben nach sich zieht, auch wenn, wie hier, noch keine Caution gestellt ist[11]). Aber auch für den ver. usfr. scheint mir gerade

---

[9]) Dies ist in der That auch nicht stets der Fall; cf. l. 18. D. quibus modis ususfructus (7,4) und die folgende Anmerkung.

[10]) In ihnen wird die Ansicht Julians gebilligt, daß im Falle eines Ususfrukt-Legates an einen servus hereditarius der dies cedens erst mit dem Antritte der Erbschaft, zu welcher der servus hereditarius gehöre, eintrete, weil nicht die hereditas jacens, sondern erst der Erbe „uti et frui" könne.

[11]) cf. vorläufig l. 5. §. 1. D. de usufructu earum rerum (7,5).

Digitized by Google

diese Stelle keinen stichhaltigen Beweis gegen die Elvers'sche Theorie liefern zu können. Denn die exceptio des Legatars braucht sich nicht, wie Stammler meint, „auf das Recht des Nießbrauches" (das dann also schon vor der Cautions-Leistung entstanden wäre) zu stützen, sondern es genügt, wenn der Legatar einredeweise die Thatsache der Uebergabe zum Zwecke des Nießbrauches geltend macht. Und somit bietet die Stelle m. E. zur Lösung unserer Frage, ob das Recht des Legatars vor der Cautions-Leistung oder erst mit dieser entsteht, keinerlei Beitrag. Um so beweiskräftiger gegen Elvers ist das dritte Fragment.

l. 13. pr. cit.: Si ususfructus legatus it, non prius dandam actionem usufructuario quam satisdederit, se boni viri arbitratu usurum fruiturum.

Aus dem angeführten Wortlaute der Caution ist ersichtlich, daß die Stelle sich allein auf den ver. usfr. bezieht. Die Klage, deren Zulässigkeit erwogen ist, ist zweifellos die gegen den Erben auf Grund des Legates; wären Klagen des Usufruktuars auf Grund seines Ususfruktes gegen Dritte gemeint, so würden die Quellen actiones gesagt haben, dies wohl auch sonst deutlicher bezeichnet haben.

Aus dem Umstande, daß dem Legatar die Klage erst mit dem Momente der Cautions-Leistung zugestanden wird, auf den man häufig den Nachdruck gelegt hat, und in dem auch Bürkel die Bedeutung der Stelle zu finden scheint, folgt für unsere Frage an sich noch gar nichts; denn es könnte ja eben in jenem Momente Recht und Klagebefugniß, wie Elvers behauptet, gleichzeitig entstehen. Das Beweisende des Fragmentes liegt vielmehr in der Bezeichnung des Legatars als „usufructuarius". Indem ihm schon für die Zeit vor der Klage-Befugniß dieser Titel beigelegt wird, wird die Zeitdifferenz zwischen Entstehung des Ususfrukt-Rechtes und der Klage-Befugniß constatirt; schon ehe ihm die actio zugestanden wird, d. h. ehe er die cautio usufructuaria geleistet hat, hat der Legatar

Digitized by Google

das Recht des usfr. an der unverbrauchbaren Sache Kraft des Legates erworben. Die Cautions-Vorschrift hat, laut dieser unzweideutigen Stelle, für den ver. usfr. suspensive Bedeutung nicht für den Erwerb des Rechtes selbst, wie Elvers behauptet, sondern nur für den Erwerb der Klage-Befugniß, der actio gegen den Erben auf Grund des Legates.

In derselben Weise, wie diese drei Stellen, beziehen sich, wenn der von uns behauptete Sprachgebrauch die Quellen in Wahrheit beherrscht, drei andere der von Bürkel und Stammler citirten Fragmente ausschließlich auf den verus usufructus.

l. 2. D. quando dies legatorum (36,2) enthält die gleiche Vorschrift, wie der erste Theil der l. un. §. 2 cit., daß der dies legati cedeus bei dem Vermächtnisse des Usus-fruktes nicht vor den Erbschafts-Antritt fallen kann, und l. 18 D. quibus modis usufructus (7,4), wiederholt die im zweiten Theile der l. un. §. 2 cit gegebene Entscheidung, nach welcher der dies cedeus, den Erbschafts-Antritt voraus-gesetzt, im Falle des Legates an einen servus hereditarius erst mit der thatsächlichen Möglichkeit des uti frui eintritt, ohne der Cautions-Leistung als einer weiteren Voraussetzung zu gedenken.

l. 9. §. 1 D. usufructuarius quemadmodum caveat (7,9) endlich lautet: Illud sciendum est: sive jure ipso quis usumfructum habet, sive etiam per tuitionem praetoris, nihilominus cogendum esse fructuarium cavere. . . . . .

Die Stelle handelt, wie aus der Gegenüberstellung von „ipso jure“ und „per tuitionem praetoris“ ersichtlich und wie auch allgemein angenommen wird, von unserem Falle, d. h. von dem Erwerbe aus einem Legate; für diesen Fall, bestimmt sie, sei derjenige, „welcher den Ususfrukt habe,“ zur Cautions-Leistung zu zwingen. Es ist damit constatirt, daß das Recht des Legatars bereits vor der Cautions-Lei-

Digitized by Google

stung entstanden ist, diese also nicht Voraussetzung des Rechts-Erwerbes aus dem Legate des ver. usfr. sein kann.

Die Elvers'sche Behauptung ist durch diese mehr oder minder beweisenden Stellen, namentlich die l. 13 pr. cit. und die l. 9. §. 1 cit. durchaus widerlegt; denn nach ihnen hat für den Erwerb des ver. usfr. aus einem Vermächtnisse die Vorschrift der Cautions-Leistung keine aufschiebende Wirkung; vielmehr wird in diesem Falle nur, wie die l. 13 pr. cit. klar verordnet, die Klage des Legatars vertagt. —

Bürkel und Stammler aber sind mit diesem Resultate noch nicht zufrieden; sie wollen nachweisen, daß auch für den Erwerb aus dem Legate des qu. usfr. und usfr. nom. die Cautions-Vorschrift nur die Bedeutung habe, die Geltendmachung des legatarischen Rechtes, nicht seine Entstehung hinauszuschieben.

Die Stellen, auf die sie sich berufen, können diesen Beweis m. E. nicht erbringen.

l. 1. C. de usufructu (3,33)[12] enthält, soweit ich sehe, nicht die leiseste Andeutung einer Zeitdifferenz zwischen Entstehung des Rechtes und Entstehung der Klage. Die Kaiser entscheiden dahin, daß der Legatar erst nach Stellung der Caution ungefährdet die Zahlungen der Schuldner annehmen könne: von einem vorherbestehenden, aber klaglosen, Rechte erwähnen sie Nichts.[13] Auch[14] l. 5 §. 1. de usufructu earum rerum (7,5) und l. 12. D. usufructuarius quemadmodum caveat (7,9) halte ich für beweisunkräftig.

Die Worte der l. 5. §. 1. cit., welche Stammler citirt:

---

[12]) cf. Bürkel: l. c. pag. 134. Anm. 1.

[13]) Die hier beiläufig gegebene Interpretation der l. 1. cit. ist außerordentlich bestritten. Da eine Begründung derselben den Text zu sehr unterbrechen würde, so sei es mir gestattet, dieselbe in Form einer Beilage zu geben.

[14]) cf. Stammler: l. c. pag. 131.

Digitized by Google

„Si quidem adhuc constante usufructu cautionem quivis velit condicere“ scheinen freilich auf den ersten Blick seine Meinung zu bestätigen; denn zweifellos existirt hier ein qu. usfr. schon vor der Cautions-Leistung. Aber in dieser Stelle ist ausdrücklich erwähnt, daß das Objekt des qu. usfr. vom Erben an den Legatar tradirt worden sei: „pecunia, quae data sit.“ Und ich kann den Gedanken nicht unterdrücken, daß gerade erst in Folge dieser Tradition, nicht schon in Folge des Legates, der Ususfrukt des Legatars erzeugt sei. Wenn der Erbe freiwillig dem zustimmenden Legatar Geld zum Zwecke des Nießbrauches tradirt, so entsteht für den Legatar selbstverständlich das Eigenthums-Recht an diesen Sachen ganz ohne Rücksicht auf die geschehene oder nicht geschehene Cautions-Leistung. Dies bedarf keiner Discussion. Die Frage, die wir erörtern, behandelt aber gerade den entgegengesetzten Fall: in welchem Momente der Legatar vor der Tradition und also ohne dieselbe sein Recht — sei dies nun Anspruch auf Eigenthums-Uebertragung oder Eigenthum selbst — erwirbt. Wenn also, wie es in unserer Stelle geschieht, ein Recht des Legatars des qu. usfr. zwar omissa cautione, aber nach geschehener Tradition erwähnt wird, so ist dies in keiner Beziehung ein Argument dafür, daß die Entstehung des legatarischen Rechtes aus dem Legate eines qu. usfr. von der Leistung der Caution unabhängig ist.

Diese Schlußfolgerung aus dem Fragmente zu ziehen, wie dies stets geschehen, halte ich für unlogisch.

Einen vollen Beweis für die Richtigkeit dieser Ausführung scheint mir die andere von Stammler und Bürkel für ihre Ansicht in Anspruch genommene Stelle zu liefern. Sie lautet:

l. 12 cit.: Si vasorum ipsorum ususfructus relictus sit: non erit cautio senatusconsulti necessaria, sed illa sola: boni viri arbitratu usurum fruiturum. Si igitur tradita sunt fruendi causa: nemo dubitat, non fieri eius, qui accepit;

Digitized by Google

non enim ideo traduntur, ut dominium recedat ab eo, qui tradit, sed, ut utatur fruatur legatarius. Ergo, cum non fiant fructuarii vasa, vindicari a proprietario possunt cautione non data.

Die Stelle handelt zunächst und direkt von einem ver. usfr. und entscheidet ihren Fall in völlig verständlicher Weise: bei einem Legate des ver. usfr. muß die Vindication bei Unterlassung der Cautions-Leistung auch während der Dauer des Nießbrauchs Erfolg haben; ist doch hier der Nießbrauch — weil ver. usfr. — nicht erst durch die trotz fehlender Caution freiwillig vorgenommene Tradition, sondern schon vor derselben kraft des Legates im Momente des uti frui posse entstanden.

Auch der Schluß, welchen Stammler aus dieser Stelle auf den qu. usfr. zieht, ist zunächst ganz richtig: „wären also Gegenstände hingegeben worden, bei welchen der an ihnen bestellte Nießbrauch als uneigentlicher aufzufassen ist, so wäre Eigenthum übergegangen, ohne Rücksicht auf die noch nicht geleistete Caution." Weßhalb aber wäre Eigenthum übergegangen? Die Stelle sagt, daß in ihrem Falle Eigenthum nicht übergehe, weil die Gegenstände „nicht in der Absicht übergeben werden, damit das Eigenthum vom Tradenten entweiche." Würden sie also gerade in dieser Absicht übergeben, gerade, ut dominium recedat ab eo, qui tradit, wie dies bei Uebergabe zu qu. usfr. der Fall ist, so ginge Eigenthum über; oder umgekehrt, das Eigenthum ginge bei dem qu. usfr. „ohne Rücksicht auf die noch nicht geleistete Caution" über, eben weil und nur wenn die vasa zu diesem Zwecke tradirt würden, nicht aber, weil etwa, wie Stammler meint, der Legatar bereits mit dem Erbschafts-Antritt sein Recht an den Gegenständen erworben habe.

Was wir bei der Interpretation der vorigen Stelle als Vermuthung aussprachen, ist jetzt Gewißheit: in jenem Falle basirt das Recht des Legatars nicht sowohl auf dem

Digitized by Google

Legate, als vielmehr auf der freiwilligen Tradition des Erben omissa cautione.

Beweisen diese Stellen also Nichts für Stammler, so scheint mir die l. 6. pr. D. ut in possessionem legatorum (36,4) ein Argument gegen ihn zu liefern. Bürkel schließt allerdings auch aus ihr nur, daß „vor Leistung der Caution dem Legatar keine Klage auf Einräumung desselben (sc. des Usufructes) gegeben wird." Die bezüglichen Worte der Stelle lauten: si pecuniae numeratae usufructus legatus esset —, legatario permittendum satisdare et usumfructum pecuniae habere et propemodum in hac propositione nullae praetoris erunt partes, quia, nisi satisdetur, agi cum herede non poterit. Die letzten Worte bestätigen die Richtigkeit des Bürkel'schen Satzes: der Legatar hat vor der Cautions-Leistung keine Klage gegen den Erben. Die ersten Worte aber besagen ebenso deutlich, daß er auch bis zu diesem Momente kein Recht habe. Wenn der Legatar schon vor der Cautions-Leistung den Usufrukt hätte, wie die gegnerische Meinung will, so wäre es unmöglich, zu sagen: er dürfe die Caution stellen und den usfr. haben; das „habere usumfructum" stellt sich hier als Folge der Cautions-Leistung dar; und, daß „usumfructum habere" nicht etwa sagen will, der Legatar erhalte nun die Klage auf Herausgabe zu usfr., während er schon vorher das Recht selbst besessen, ist an sich klar und geht zum Ueberfluß noch mit Sicherheit aus l. 9 §. 1. D. usufructuarius quemadmodum caveat (7,9) hervor, wo „usumfructum habere" gerade „das Recht des Usufruktes haben" bedeutet.

In unserer Stelle wird recht eigentlich und ausführlich gesagt, daß bei dem qu. usfr. sowohl die Entstehung der Klage als auch die Entstehung des Rechtes durch das Gebot der Cautions-Leistung hinausgeschoben werde. Recht und Klage werden hier im gleichen Momente, dem der Cautions-Leistung, geboren.

Digitized by Google

Daſſelbe Reſultat ergiebt eine Betrachtung der wichtigen l. 24. D. de usu et usufructu (33,2), von welcher uns hier nur die Worte intereſſiren:

„(Igitur) usuras nominum in hereditate relictorum ante cautionem interpositam debitas velut sortes in cautionem deduci necesse est.“

Dieſer Satz beſpricht den Fall, daß der Erblaſſer zinsbare Forderungen hinterlaſſen hat, daß vor der Cautions-Leiſtung Zinſen fällig geworden und demgemäß an den Erben abgeführt worden ſind. Papinian, der hier von einem usfr. omn. bon. ſpricht, entſcheidet dahin, daß dieſe Zinſen mit in die Caution aufgenommen werden müſſen; ſie werden ſomit als zum Vermögen des Erblaſſers gehörig betrachtet, und es wird an ihnen ein qu. usfr. beſtellt. Sie werden alſo dem Legatar gegenüber nicht als Früchte behandelt, und derſelbe würde ſie in Folge deſſen im Falle eines einzelnen Forderungs-Nießbrauches, wie Bürkel [15]) richtig folgert, überhaupt nicht erhalten.

Mir ſcheint dieſe Entſcheidung mit dem gegneriſchen Standpunkte nicht vereinbar; denn, wenn der Legatar ſein Recht bereits vor der Cautions-Leiſtung, alſo zur Zeit der Zinſenzahlung hätte und nur an der Ausübung desſelben verhindert wäre, ſo müßten die Früchte des Forderungs-Rechtes ihm in der Art zufallen, daß er nach erlangtem Ausübungs-Rechte ihre Herausgabe als Früchte fordern könnte. Wäre nicht der Erwerb ſeines Rechtes ſelbſt bis zur Cautions-Leiſtung hinausgeſchoben, ſo müßte er bei Eintritt derſelben die Herausgabe, reſp. den Erſatz alles deſſen beanſpruchen können, was bereits während der Dauer ſeines Rechtes dem Erben ohne deſſen Zuthun durch jenes Forderungs-Recht zugefloſſen wäre. Die Anerkennung des entgegengeſetzten Verhältniſſes durch Papinian beweiſt, daß

---

15) cf. Bürkel: l. c. pag. 92. Anm. 1.

Digitized by Google

er ein Recht vor der Cautions-Leistung so wenig angenommen hat als eine Klage!

Und noch ein drittes Argument möchte ich zur Bekräftigung dieser Ansicht anführen.

Die Quellen nennen denjenigen, dem ein usfr. vermacht ist, legatarius. Den legatarius eines ver. usfr. nennen sie häufig usufructuarius schon zu einer Zeit, in der er noch keine Caution gestellt hat.[16]) Wir haben gerade hierin ein wichtiges Beweismittel gegen die Richtigkeit der Elvers'schen Theorie bezüglich des ver. usfr. erblickt. Die Bezeichnung des mit dem qu. usfr. oder usfr. nom. Bedachten während jener kritischen Periode als usufructuarius vermeiden sie hingegen sorgfältig. An keiner einzigen auf diese Nießbrauchs-Arten bezüglichen Stelle nennen sie den Legatar vor Leistung der Caution usufructuarius: er heißt vielmehr stets nur legatarius. In dieser unscheinbaren Thatsache spiegelt sich die von uns vertretene Ansicht wieder.

Indem wir daher, gestützt auf die Quellen, bei dem Vermächtnisse eines qu. usfr. oder usfr. nom. — im Gegensatze zum Vermächtnisse eines ver. usfr. — eine Zeit-Differenz zwischen Rechts- und Klage-Entstehung nicht annehmen, sondern beide in den Moment der Cautions-Leistung verlegen, constatiren wir eine für diese beiden Nießbrauchsarten singuläre Wirkung des gesetzlichen Gebotes der Cautions-Leistung. Dieselbe hat, ist unsere Auffassung richtig, für den qu. usfr. und usfr. nom. eine andere Bedeutung als für den verus ususfructus. Und auch diesen allgemeinen Gedanken finde ich in den Quellen ausgesprochen.

Unter den Stellen, welche das Cautions-Gebot als nothwendige Voraussetzung einer rechtlichen Verwirklichung des Nießbrauchs-Zweckes an verbrauchbaren Gegenständen und

---

[16]) z. B. in l. 9. §. 1. D. usufructuarius quemadmodum caveat adde: (7,9) und l. 13. pr. D. de usufructu et quemadmodum (7,1) u. a. m. —

Digitized by Google

Forderungen hervorheben, verdienen die Worte des Gajus in l. 2. D. de usufructu earum rerum (7,5): „sed remedio introducto coepit quasi ususfructus haberi“ besondere Beachtung.

Man ist darin einig, daß mit diesem „remedium“ die Cautions-Vorschrift gemeint sei. Indem Gajus sie ein „Heilmittel“ nennt, sagt er, daß das Rechts-Institut ohne sie kranken würde, daß es ohne sie seinen Zweck zu erfüllen nicht im Stande wäre.

Wenn nun die Bedeutung der Cautions-Vorschrift für den qu. usfr. nur die gleiche wäre, wie für den ver. usfr., so hätte man sie nimmermehr als ein Heilmittel bezeichnen und dessen Einführung, dessen Erfindung hervorheben können. Wenn man sich zum alten Zwecke des alten Mittels bedient, so wird man dies schwerlich ein remedium introductum nennen. In diesen Worten liegt ausgesprochen, daß man einen neuen, originellen, einen schöpferischen Gedanken für den qu. usfr. gefaßt und ihn gerade durch die Vorschrift der Cautions-Leistung zum Ausdruck gebracht hat. Wir haben bereits gesehen, worin derselbe bestanden: darin, daß man bei dem Vermächtnisse, und d. i. bei dem einzig praktischen Falle, eines qu. usfr. und usfr. nom. der Cautions-Vorschrift suspensive Wirkung beilegte nicht nur für den Erwerb der Klage, sondern auch für den Erwerb des Rechtes selbst aus dem Legate.

Unsere Aufgabe wird vollendet sein, wenn wir die Gründe klargelegt haben werden, auf denen diese eigenthümliche Bedeutung der Cautions-Vorschrift beruht. Es dürfte nicht schwer sein, sie aufzufinden!

Man stelle sich einmal vor, die Cautions-Vorschrift habe jene rechts-suspendirende Wirkung nicht, wie die Gegner behaupten; sie schöbe vielmehr nur die Klage hinaus, wie bei dem Legate des ver. usfr.: der Anspruch des qu. usufructuarius auf Eigenthums-Uebergang oder, wie Andere wollen,

Digitized by Google

der Uebergang des Eigenthums-Rechtes auf ihn, der Forderungs-Uebergang auf den usufructuarius nom. träte also vor der Cautions-Leistung ein; Rechts- und Klage-Entstehung fielen zeitlich aus einander. Es würde diesem Verhältnisse, wie leicht ersichtlich, eine Consequenz entspringen, geeignet, endlose und unlösliche Verwirrung in die Rechts-Beziehungen aller Betheiligten zu tragen.

Es besteht nämlich zwischen den Rechten, welche der ver. usfrarius einerseits, der qu. und nom. usfrarius andrerseits aus dem Legate des Nießbrauchs erwerben, ein wesentlicher, tief-eingreifender Unterschied. Das Recht des Letzteren, der ver. usfr., zu einer Einheit fest zusammengezwungen, trägt in sich selbst alle jene Beschränkungen, welche dem Usus-frukt-Zwecke entsprechen, vor Allem die Unvererblichkeit; sie ist eine Qualität des Rechtes, das der Legatar erwirbt: dies Recht entbehrt der Fähigkeit, sein Subjekt zu überdauern; es geht unter, sobald Dieses untergeht. Die sog. Höchstpersönlichkeit des Nießbrauches hat in dem Nießbrauchs-Rechte selbst ihren Ausdruck gefunden.

Ganz anders bei dem qu. usfr. und usfr. nom.!

Der rechtliche Erfolg dieser beiden Rechts-Verhältnisse hat sich auf Seiten des Usufruktuarius nicht zu einer Einheit zusammenfassen lassen; er setzt sich vielmehr zusammen aus Recht (Eigenthums-, Forderungs-Recht) und Verpflichtung (Restitution tantundem eiusdem generis oder des Werthes); man hat kein eigenes, kein neues Recht, wie für den ver. usfrarius, für den qu. und nom. usfrarius geschaffen[17]). Eine der Consequenzen, die sich hieraus er-

[17]) Stammler, welcher entgegengesetzter Ansicht ist, bezeichnet dies Verfahren als „Umgehen der Aufgabe juristischer Construction", als „Negiren eines Rechts-Verhältnisses als selbstständigen Gebildes", ja, als ein „künstliches Zusammenschweißen schon vorhandener Begriffe zu nothdürftigem Ersatze". (cf. Stammler: l. c. pag. 82 u. 83.) Demgegenüber möchte ich bemerken, daß m. E. das Charakteristische einer

Digitized by Google

geben, ist die, daß die Höchstpersönlichkeit des Nießbrauches nicht schon in dem Rechte selbst, welches der Legatar erhält, zum Ausdrucke gelangt ist, daß dieses Recht mit der Eigenschaft der Unvererblichkeit nicht begabt ist. Das Eigenthums-Recht und das Forderungs-Recht des Usufruktuars geht, wie jeder andere Bestandtheil seines Vermögens, nach seinem Tode auf seine Erben über. Die Remedur, eine, wenn ich so sagen darf, künstliche Höchstpersönlichkeit, ist durch die Restitutions-Verpflichtung geschaffen. Diese wird gewöhnlich mit der Caution und in derselben übernommen werden; sie kann natürlich auch ohne dieselbe eingegangen werden, wenn der Erbe nicht auf der gleichzeitigen Cautions-Leistung besteht, wie im Falle der l. 5. D. de usufructu earum rerum (7,5), wo sie durch die Annahme einer Eigenthums-Uebertragung zum Zwecke des qu. usfr. entstanden. Wie aber wäre es nun in dem gewöhnlichen Falle eines Vermächtnisses, wo eine solche Uebertragung von Seiten des Erben nicht stattgefunden, wenn wir die Ansicht der Gegner zu Grunde legen? Mit dem Erbschafts-Antritt erlangt der Legatar einen Anspruch auf Eigenthums Uebertragung — ja, nach Stammler dieses Eigenthum selbst — oder das Forderungs-Recht mittelst fingirter Cession; seine Klagen freilich, sei es gegen den Erben, sei es gegen den Schuldner, sind noch nicht entstanden. Das Recht, welches der Legatar erworben, ist vererblich, wie jedes andere, wenn auch klaglose, Recht. Nun stirbt der Legatar, ehe die Caution geleistet: sein Anspruch auf Eigenthums-Uebertragung, nach

---

Rechtsfigur durchaus nicht immer in der Hervorbringung eines eigenthümlichen Rechtes besteht, sondern, daß es, um ihr den Stempel des Besonderen aufzudrücken, genügt, aus ihr eine Combination schon vorhandener Rechte (u. Pflichten) entspringen zu lassen. Sofern nur diese Combination nicht schon anderswo in durchaus gleicher Weise auftritt, ist das sie erzeugende Verhältniß ein neues und selbständiges. —

Digitized by Google

Stammler gar sein Eigenthums-Recht, und sein Forderungs-Recht geht klaglos, wie er es gehabt, auf seine Erben über; die Bedingung aber, durch deren Existenz es klagbar geworden wäre, ist unmöglich geworden. Die Erben des Legatars erhalten ein Recht, klaglos für alle Zeiten: ihnen, nicht mehr dem onerirten Erben, steht nach Stammler das Eigenthums-Recht zu, aber sie können es nicht geltend machen; ihnen steht mindestens ein Anspruch auf Eigenthums-Uebertragung zu, den sie nicht verfolgen können; sie, nicht mehr der onerirte Erbe, sind die Gläubiger des lachenden Schuldners den Keiner belangen kann.

So würden die Erben des Legatars einerseits Rechte erhalten, die ihnen nach der höchstpersönlichen Natur des Nießbrauchs nicht zukommen sollen (es sei denn, daß dieser Höchstpersönlichkeit durch Restitutions-Verpflichtung genüge geschehen, was hier unmöglich), während andrerseits der Erbe, der mit dem Nießbrauchs-Vermächtnisse onerirt war, weit mehr von seinem Vermögen eingebüßt hätte. Man sieht: ein völlig unhaltbarer Zustand, eine Verkehrung des Rechtes in Unrecht, ein Zerrbild, kein Abbild des wahren Nießbrauches!

Diesen Folgen mußte vorgebeugt, der Höchstpersönlichkeit des Nießbrauches mußte Rechnung getragen, die Vererblichkeit der aus dem Legate entstehenden Rechte bis zur Eingehung der Restitutions-Verpflichtung ausgeschlossen werden! Und diese Schäden zu heilen, war die Vorschrift der Cautions-Leistung, und sie allein im Stande, wenn man ihr für den qu. usfr. und dann auch für den Forderungs-Nießbrauch nicht nur Klage-, sondern Rechts-aufschiebende Wirkung beilegte. Erst dann glich das Vermächtniß in seinem Erfolge dem des ver. usfr. Starb nun der Legatar vor der Cautions-Leistung, so hatte er noch keinerlei Recht besessen, und Nichts konnte aus diesem Vermächtnisse auf seine Erben übergehen; starb er aber später, so trat durch die Restitution,

Digitized by Google

zu der er sich verpflichtet hatte, die nöthige Abhilfe ein. Ein in gewissem Sinne ähnlicher Grund, wie derjenige, aus welchem man bei dem Vermächtnisse des ver. usfr. die Zeit-Differenz zwischen dies cedens und dies veniens beseitigt hatte, verlangte bei dem Vermächtnisse der anderen Nießbrauchs-Arten nicht blos das Gleiche, sondern noch mehr: auch das Zusammenfallen des Rechts-Erwerbes und der Uebernahme der Verpflichtung zur Restitution, oder, da der Erbe diese nur anzunehmen brauchte, wenn sie mit der Caution verbunden war: des Rechts-Erwerbes und der Cautions-Leistung. War Jenes geschehen, weil ja das Recht doch nicht auf die Erben übergehen konnte, so mußte dies geschehen, damit nicht etwa das Recht in der geschilderten Weise auf die Erben überginge.

Vom Standpunkte der hier entwickelten Ansicht aus und, wie ich glaube, nur von ihm aus, erhalten die Worte des Gajus ihre rechte Bedeutung: „sed remedio introducto coepit quasi usufructus haberi."

Beilage. [18])

Interpretation der l. 1. C. de usufructu (3,33).

L. 1. C. de usufructu (3,33) lautet:

> Si usufructus omnium bonorum testamento uxoris marito relictus est: quamvis cautionem a te prohibuerit exigi, tamen non aliter a debitoribus solutam pecuniam accipere poteris, quam oblata secundum formam S. C. cautione.

Es herrscht Streit darüber, ob diese Constitution von einem usfr. nom. oder einem usfr. pecuniae, also einem qu. usfr. handle. [19]) Den Vertretern der ersten Ansicht wird

[18]) cf. Anm. 13.

[19]) Letzterer Ansicht sind u. A.: Thomas: de usufructu nominum 1837 pag. 27. ff.; Steinberger: Ueber den usufructus nominis. Zeit-

Digitized by Google

vorgeworfen, daß sie die Stelle so übersetzten, als ob für „solutam“ solvendam stünde. Der Vorwurf ist nicht unberechtigt; sagt doch Azo zu dieser Stelle einfach: „solutam i. e. solvendam“ ohne irgend welche Begründung und, wie ich glaube, ohne die Möglichkeit einer solchen.

Neuere Bearbeiter des qu. usfr. und usfr. nom. lehnen eine Discussion über l. 1. cit. unter Hinweis auf die erschöpfende Darstellung Steinbergers ab, welcher nachgewiesen haben soll, daß die Stelle einen usfr. pecuniae, nicht aber einen usfr. nom. betreffe.[20]) Die Priorität dieses Verdienstes — sofern jener Nachweis eines sein sollte — gebührt jedenfalls nicht Steinberger. Schon in einer um viele Jahre

---

schrift f. Civ.-R. und Prozeß. Neue Folge Bd. XI. Nr. V. pag. 173 ff. §. 9; Dunker: l. c. pag. 105 a. E.; Bürkel; l. c. pag. 63. Anm. 1; Rohde: l. c. pag. 32 und 33: Elvers: l. c. pag. 598 Note ff.; wohl auch Windscheid: Pandektenrecht I. §. 206. Anm. 9.

[20]) Auszunehmen sind nur Hanauseck: Die Lehre vom uneigentlichen Nießbrauch nach gemeinem Recht. Erlangen 1879; Stammler; A. Schmid: Die Grundlehren der Cession. Braunschweig 1866; Hoffmann: Die Lehre von den Servituten. Darmstadt 1838; Hainbach sen. in Weiske's Rechtslexikon Bd. XI. pag. 952; — Hanauseck: l. c. pag. 95 tritt der Steinberger'schen Auffassung nur aus dem Grunde nicht bei, weil die Stelle dann „eine der größten Banalitäten sagen würde“; dies ist durchaus nicht richtig, da sie ja noch immer die Ungültigkeit des sog. testamentarischen Cautions-Erlasses aussprechen würde.

Stammler: l. c. pag. 77, erklärt, der Steinberger'schen Ansicht beitreten zu wollen trotz der Basiliken-Stelle, auf welche „die gegnerische Meinung“ (!) sich beruft; dennoch sieht er in der Stelle einen usfr. nom.; aber auch er giebt für seine Entscheidung keine sprachlichen Gründe an.

Schmid: l. c. pag. 219, übersetzt einfach die Basiliken-Stelle statt „der im lateinischen Urtext zweifelhaft lautenden Worte.“

Hoffmann: l. c. pag. 179, hat die m. E. richtige Ansicht allein aus diesem Urtext gewonnen, ohne die Argumente der Gegner zu berücksichtigen.

Digitized by Google

älteren Dissertation, die Steinberger nicht gekannt zu haben scheint, führt Thomas die gleiche Untersuchung — gleich nicht nur dem Sinne, sondern auch den Worten nach!

Er geht davon aus, daß Mühlenbruch[21]) übersetze, als ob in der l. l. cit. solvendam pecuniam stünde und nicht solutam pecuniam; nur dann würde sie bedeuten: nomen non exigere poteris, also von einem usfr. nom. des Legatars sprechen[22]); da es aber heiße: non aliter a debitoribus solutam pecuniam accipere poteris quam oblata . . . cautione, so sei der Sinn der Stelle der: non poteris, nisi praestita cautione ex Scto, accipere pecuniam, quae a debitoribus soluta est scil. heredi[23]); dem Legatar werde also der Nießbrauch nicht schon an der Forderung, sondern erst an den eingelaufenen Geldern bestellt. Zur Bekräftigung dieses Resultates zieht er die entsprechende Stelle der Basiliken heran: ὅμως οὐκ ἄλλως παρὰ τῶν χρεωστῶν τὰ καταβαλλόμενα χρήματα λαβεῖν δυνήσῃ εἰ μὴ u. s. w., und bemerkt dazu: ex verbis autem τὰ καταβαλλόμενα χρήματα apparet auctorem Basilicorum sub „soluta pecunia" intellexisse qecuniam, quae „data", non quae „danda" erat. So richtig es ist, daß der griechische Ausdruck nicht pecunia danda bezeichne, so falsch ist es, daß er pecunia data bedeute; καταβαλλόμενα ist Präsens und nicht Perfektum oder Aorist. Unbegreiflich ist es mir, wie auch Steinberger ge-

---

[21]) cf. Mühlenbruch: Die Lehre von der Cession der Forderungs-Rechte. 3. Auflage pag. 497, 498.

[22]) Zu vergl. mit Steinberger: l. c. pag. 173: „Allerdings geht Mühlenbruch davon aus, daß die Worte non aliter a debitoribus solutam pecuniam accipere poteris soviel heißen sollen, als non aliter nomen erigere poteris.

[23]) Zu vergl. mit Steinberger: eod. l. „Hiernach ist die Stelle so zu verstehen, daß das Geld, welches von den Erbschaftsschuldnern (nämlich: an den Erben) gezahlt, soluta, ist, nur unter der Voraussetzung, daß die erforderliche Caution geleistet worden, dem Usufruktuar ausgehändigt werden soll."

Digitized by Google

rade von diesem Worte behaupten konnte, es zeige deutlich, daß das Geld „bereits gezahlt" sei. Da es in Wahrheit jedoch nur heißt: das Geld, „welches gezahlt wird", so kann es m. E. durchaus nicht zur Unterstützung der Ansicht herangezogen werden, daß zur Zeit des accipere durch den Legatar die Schuldner bereits dem Erben Zahlung geleistet hätten, daß also der Legatar nicht von den Schuldnern, sondern erst von dem Erben das Geld in Empfang nähme. Geradezu unmöglich wird aber diese Ansicht, wenn man den Text der griechischen Stelle näher betrachtet: es ist daselbst das „a debitoribus" wiedergegeben mit παρὰ τῶν χρεωστῶν, nicht ὑπὸ τῶν χρεωστῶν, woraus erhellt, daß im Sinne der griechischen Stelle diese Worte nicht sowohl von καταβαλλόμενα, als vielmehr von λαβεῖν abhängen; auch hätten sie sonst füglich appositionell gestellt sein müssen.[24]) Will man also von dem griechischen Texte einen Schluß auf den Sinn der l. 1. cit. machen, so müßte es der sein, daß das a debitoribus zu accipere und nicht zu solutam gehört, so daß es, entgegen Thomas und Steinberger, der Usufruktuar wäre, der direkt von den Schuldnern Geld empfinge. Dies aus dem Basiliken-Texte gewonnene Resultat erhält auch durch den lateinischen Text selbst große Wahrscheinlichkeit, da die Stellung „a debitoribus solutam pecuniam" jedenfalls auffällig wäre, falls a debitoribus von solutam abhinge; gewöhnlich wenigstens pflegt es in solchem Falle zu heißen: pecuniam a debitoribus solutam. Uebersetzen wir nun die Stelle, so erhalten wir: „Du wirst von den Schuldnern das gezahlte Geld nur annehmen können, wenn u. s. w." Ich verhehle mir keineswegs, daß die Erklärung dieser Worte auf gewisse Schwierigkeiten stößt, doch halte ich die gegebene Uebersetzung in Anbetracht des griechischen wie des lateinischen Textes für geboten. Wir hätten es hier allerdings mit

[24]) Den letzteren Punkt erwähnt auch Heimbach sen. in Weiske's Rechtslexikon. Bd. XI. pag. 952, Anm. 335.

Digitized by Google

Muſter-Schuldnern und einem Muſter-Legatare zu thun, was aber wohl möglich iſt, da ja der Fall aus dem Leben genommen iſt:

Die Schuldner haben von dem Vermächtniſſe des usfr. omnium bonorum an den — ihnen wahrſcheinlich bekannten — Gatten ihrer Gläubigerin gehört und haben demſelben in der Meinung, daß er jetzt ihr Gläubiger ſei, die fälligen Schuldpoſten eingeſandt, pecuniam solverunt; der Legatar aber, dem, wohl in Folge der Hartnäckigkeit des Erben, Zweifel an der Wirkſamkeit des teſtamentariſchen Cautions-Erlaſſes aufgeſtiegen ſein mögen, ohne daß er darum ſchon gewillt wäre, die Caution zu leiſten, weiß nicht, ob er zur Annahme rechtlich und moraliſch befugt ſei. Seine Bedenken erweiſen ſich als richtig durch den Beſcheid, „daß er das gezahlte Geld von den Schuldnern nur annehmen könne nach gethaner Cautions-Leiſtung", scil., ohne ſich einer condictio auszuſetzen.

Und die griechiſche Stelle ſcheint mir noch unzweifelhafter denſelben Sinn zu haben: καταβαλλόμενα, „gezahlt werdend", ſoll m. E. daſſelbe ausdrücken, was auch wir mit einem Part. Praes. zu bezeichnen pflegen: „einlaufend", einem Worte, welches gerade den Zuſtand zwiſchen Zahlung und Annahme wiedergiebt: „ſo wirſt Du dennoch die einlaufenden Gelder von den Schuldnern nur annehmen können, wenn u. ſ. w."

Man muß ſomit die l. 1. cit. von einem direkten Verhältniſſe des Legatars zu den Schuldnern und damit von einem nsfr. nom. verſtehen, wie wir es in dem vorſtehenden Aufſatze gethan haben; und man kann dies, wie wir gezeigt, ſehr wohl, ohne ſich deßwegen dem traditionellen Vorwurfe auszuſetzen, das „solutam" durch „solvendam" erſetzt zu haben. —

Digitized by Google

B. Bemerkenswerthe Entscheidungen oberer Gerichte mit gedrängter Angabe der Entscheidungsgründe.

XX. Beweiskraft von Eintragungen ins Grundbuch, Zulässigkeit und Arten des Gegenbeweises nach Maßgabe des Großherzoglich Hessischen Gesetzes, die Erwerbung des Grundeigenthums ꝛc. betreffend, vom 21. Februar 1852 im Zusammenhalte mit den Bestimmungen der Deutschen C.P.O. über die Beweiskraft öffentlicher Urkunden. — Genügt zur Vertheidiguug gegenüber der rei vindicatio die bloße Negation des Eigenthümers Seitens des Besitzers als solchen, oder bedarf es der Anstellung einer contravindicatio?

Mitgetheilt von Herrn Gerichtsassessor Dr. Mayer in Darmstadt.

Laut ortsgerichtlich protokollirten, gerichtlich bestätigten und im Mutationsverzeichniß und Grundbuch eingetragenen Kaufe vom 11. Juli 1879 hat Kläger, zugleich mit einer Hofraithe, einen Grabgarten, Flur I, Nr. 29,5 von Herz K's. Eheleuten erworben, der auf diese wiederum, einige Zeit vorher, durch gleichfalls ortsgerichtlich protokollirten, gerichtlich bestätigten, und im Grundbuch und Mutationsverzeichniß eingetragenen Kaufvertrag vom früheren Eigenthümer, Heinrich Kr., ledig, übergegangen war. Ein im Besitze des Be-

Digitized by Google

klagten befindlicher, von diesem zur Anlegung einer Kegelbahn verwertheter, nach den Feststellungen des Augenscheinsprotokolles von dem übrigen äußerlich, durch einen Plankenzaun, getrennter Theil dieses Grabgartens bildet den Gegenstand des Rechtsstreits. Der von dem Kläger auf Anerkennung seines Eigenthums an diesem Theile, Herausgabe desselben und Schadenersatz praev. liq. belangte Beklagte widerspricht, weil er dieses Stück schon vor dem zwischen Heinrich Kr., ledig, dem früheren Eigenthümer und den Herz K's. Eheleuten abgeschlossenen Kaufvertrage von Ersterem durch einen, bis jetzt allerdings nicht gerichtlich bestätigten intabulirten Tauschvertrag gegen eine ihm, dem Beklagten, gehörige Parzelle, Flur I, Nr. 29 a ertauscht habe.

Thatsächlich ist durch die Augenscheinseinnahme noch festgestellt, daß die letzterwähnte Parzelle, Flur I, Nr. 29 a vermittelst einer Fortsetzung des Plankenzaunes dem früher Kr'schen, nachmals Herz K'schen und nunmehr klägerischen Besitzthum zugetheilt ist.

Auf Berufung des Beklagten gegen das nach Klageantrag erkennende Landgerichtsurtheil wies das Oberlandesgegericht die Klage ab, indem ausgeführt wurde:

Die rechtliche Beurtheilung des vorliegenden Rechtsstreits muß in dem Hessischen Grundbuchsgesetz von 1852 ihre ausschließliche Grundlage finden. Die in den einzelnen Particulargesetzen enthaltenen Vorschriften über die Bedeutung und Wirkung des auf den Eintrag im Grundbuch gestützten Immobiliar-Eigenthums sind so verschiedenartig gestaltet, daß analoge Anwendungen von Normen der einen Particulargesetzgesetzgebung und darauf gestützten Entscheidungen höchster Gerichte auf Fälle, die dem Rechtsgebiet anderer Particulargesetze angehören, absolut ausgeschlossen sind. Aus diesem Grund kann die Bezugnahme des Vertreters des Berufungsbeklagten auf die reichsgerichtliche Entscheidung in Bd. II Nr. 64, da sie auf preußisches Particularrecht sich stützt, keine Berücksichtigung finden. Während nach einzelnen Particularrechten die materielle Begründung des Immobiliar-Eigenthums zu einem reinen Formalakt, der in dem Eintrag in das Grundbuch seinen Ausdruck findet, erhoben wird, so daß dieser Akt einzig und allein durch sich selbst den Eigenthumserwerb vermittelt mit der Consequenz, daß der vorausgegangene Er-

Digitized by Google

werbtitel für die Eigenthumsentstehung rechtlich bedeutungslos wird, und der Formalakt vollwirksames Eigenthum begründet, ohne Rücksicht auf die Mängel des davon vollständig losgelösten Erwerbtitels, und ob derselbe nach Inhalt und Form anfechtbar und nichtig ist und ohne Rücksicht auf bona und mala fides des Erwerbes;

z. B. Preußisches Grundbuchgesetz von 1862 § 1, 2, 46. ist in andern Particularrechten das Wesen des materiellen Eigenthumserwerbs in den civilrechtlichen Erwerbstitel gelegt, so daß der Erwerbstitel den eigentlichen Rechtsgrund des Eigenthumserwerbs bildet, derselbe mithin, wenn er an wesentlichen Mängeln leidet, nicht zum Eigenthum führen kann.

Der im öffentlichen Interesse vorgeschriebene Eintrag im Grundbuch stellt sich hier nicht als Formalakt in jenem Sinne, sondern als die gerichtliche Beurkundung des materiellen Erwerbtitels mit besondern daran geknüpften Wirkungen dar. Auf diesem Standpunkt steht, mit noch andern Particularrechten (z. B. das sächsische bürgerliche Gesetzbuch § 276), das hessische Particularrecht wie es in dem Grundbuchsgesetz von 1852 seinen Ausdruck findet.

Vergleiche über die verschiedenen Grundbuchssysteme:

Stobbe deutsches Pr. Recht, Aufl. 2, Bd. II, S 201—205 und Note 13.
Gengler deutsches Pr. Recht, Aufl. 3, § 43, S. 339 ff.
Gerber " " " " 14, § 89.
Beseler " " " " 3, § 91.
Maurenbrecher deutsches Pr. Recht Aufl. 2, § 225—226.

Da nun nach dem hessischen Grundbuchsgesetz der Eintrag im Grundbuch nur den Charakter einer öffentlichen Beurkundung hat, so geht auch der dadurch begründete Beweis des Grundbucheigenthums nicht über das Maß der Beweiskraft öffentlicher Urkunden hinaus. Das Gesetz will nicht, wie in Müller's Commentar zum Grundbuchsgesetz § 12 ganz richtig betont wird, durch eine Form d. h. durch den Grundbuchseintrag, das materielle Recht gleichsam todt schlagen, —

cf. auch Klipstein's Comm. zum Gesetz vom 21. Februar 1852 S. 24— 27.

Digitized by Google

Von dieser allgemeinen Betrachtung auf den vorliegenden Fall übergehend, so charakterisirt sich die erhobene Klage als eine auf das Grundbuchseigenthum des Klägers gestützte Vindikation. Der Beklagte, als Besitzer der streitigen Grundfläche, ist als solcher zweifellos legitimirt, das Eigenthum bezw. den legalen Erwerb auf Seiten des Klägers zu bestreiten, und zwar mit der Wirkung, daß wenn ein Beweis des legal begründeten klägerischen Eigenthums nicht erbracht ist, wenn namentlich die Nichtübereinstimmung des Grundbuchseintrags mit dem Erwerbtitel

cf. Müller's Comm. § 67.

in der richterlichen Ueberzeugung begründet wird, die Klage als unbegründet abgewiesen werden muß, gleichviel, ob der Beklagte selbst auf eine legale Weise, — wie er behauptet durch Tauschvertrag — einen gültigen Erwerbstitel des Eigenthums an dem Streitobject erlangt hat. — Dieser Grundsatz, daß der beklagte Besitzer zum Zweck der Vertheidigung seines Besitzes sich auf die Negation des Eigenthums des Vindikanten beschränken kann und daß er nicht nothwendig der Vindikation gegenüber behaupten müsse, er selbst sei Eigenthümer, daß er also eine sog. contravindicatio anstellen müsse, ist in der Doctrin und Praxis anerkannt.

cf. Reichsgerichtliche Entscheidung Bd. I S. 224 (129.)

Es ist deßhalb eine Fehlsicht des angefochtenen Urtheils, wenn es dem Beklagten die Legitimation zur Anfechtung des ingrossirten Eigenthums abspricht, denn diese Legitimation leitet der Beklagte nicht aus seinem durch den Tauschvertrag mit Heinrich Kr. begründeten persönlichen Rechte ab, sondern aus seiner Eigenschaft als beklagter Besitzer, der den Besitz nur im Falle des Nachweises eines legal begründeten Eigenthums herauszugeben verpflichtet ist. —

Es ist nun allerdings erwiesen und unbestritten, daß dem Kläger die streitige Fläche, als ein Bestandtheil der Parzelle I/29,5 im Grundbuche zugeschrieben ist. Das Grundbuch ist aber eine öffentliche Urkunde und liefert deßhalb nach § 380 der C.P.O. vollen Beweis des dadurch beurkundeten Vorgangs, daß also Bucheigenthum für den Kläger nach Maßgabe des Grundbuchsgesetzes von 1852 entstanden ist. Dieser Beweis kann aber nicht blos nach der C.P.O. durch den Gegenbeweis, daß eine unrichtige Beurkundung Statt gefunden hat,

Digitized by Google

entkräftet werden, sondern es hat dies auch, worauf es hier vorzugsweise ankommt, das Grundbuchsgesetz selbst, nach dem ihm, wie oben entwickelt, zu Grund liegenden System, anerkannt, indem es in art. 26 dem Eintrag im Grundbuch nur den Werth einer rechtlichen Vermuthung beimißt, welche durch den Beweis des Gegentheils ihrer Beweiskraft verlustig werden kann.

cf. Müller's Comm. § 12, 17, 18, 67.

Dieser Gegenbeweis kann sich sowohl auf die Unrichtigkeit des Eintrags bezw. einen dabei unterlaufenen sachlichen Irrthum, als auch auf den dem Eintrag zu Grund liegenden Erwerbstitel bezw. dessen Ungültigkeit und Anfechtbarkeit beziehen. Diese Thatsachen bilden aber nicht, wie das Vordergericht unterstellt, eigentliche Einreden, sondern Gegenbeweisfacta.

Nach einer nun folgenden Deduction, daß und warum dieser Gegenbeweis vorliege, wird fortgefahren:

Es besteht hiernach für die richterliche Ueberzeugung kein Zweifel, daß bei Abschluß des Kaufvertrags zwischen Heinrich Kr. ledig und Herz K's. Eheleuten die Absicht der Contrahenten, wenigstens auf Seiten des Verkäufers nicht auf käufliche Uebertragung der streitigen Fläche gerichtet war. Die Wirkung der Ingrossation hängt wesentlich von der Existenz und rechtlichen Kraft des Erwerbtitels ab. Die rechtliche Kraft bezw. der sachliche Umfang des Erwerbtitels ist aber bei Veräußerungsverträgen bedingt durch den entsprechenden Willen der Contrahenten Die Eigenthumsübertragung ist deßhalb ungültig, wenn keine Uebereinstimmung zwischen dem Uebertragungs- und Erwerbswillen in Betreff eines wesentlichen Punkts besteht. Ein wesentlicher Punkt aber ist der Gegenstand, an welchem Eigenthum erworben werden soll.

cf. Müller's Comm. l. c. § 17, § 20, Note 11.

Windscheid, Pandekten I, Seite 172.

Insofern deßhalb der Verkäufer Kr. nicht die Absicht hatte, die streitige Fläche an die Herz K's Eheleute zu verkaufen, vielmehr die Gewißheit vorliegt, daß er diese Fläche von dem Verkauf ausnehmen wollte, liegt für Letztere kein rechtmäßiger Erwerbstitel in Ansehung des Streitobjekts vor, weßhalb trotz der erfolgten Ingrossation, deren Wirkung d. h. das präsumtive Eigenthum ausgeschlossen war. —

Digitized by Google

Wenn aber für die K's Eheleute kein gültiges Grundbuchseigenthum wegen Mangels eines rechtmäßigen Erwerbtitels begründet war, so konnten sie auch kein Eigenthum an dem streitigen Gelände auf ihren Rechtsnachfolger, den Kläger übertragen, nam nemo plus in alium transferre potest, quam ipse habet. Zudem mußte sich die richterliche Ueberzeugung begründen, daß dem Kläger, als Nachbar, aus der Thatsache der vollständigen realen Abgrenzung der Streitfläche zu dem Besitzthum des Beklagten und der eignen Innehabung der letzteren früher zugestandenen Parzelle I/29 a, der Sachverhalt d. h. die Nichtzugehörung der Streitfläche zu dem von ihm erkauften Besitzthum genau bekannt war. —

Die Vindikationsklage ist hiernach unbegründet. Von gleichen Grundsätzen ist auch das frühere Oberappellations-Gericht in der Sache Gröninger gegen Gröninger im Jahr 1866 ausgegangen.

cf. Archiv für pract. RW. N. Folge Bd. VIII S. 200.

Wenn das Vordergericht und mit ihm der Vertreter des Klägers sich auf die Bestimmung des art. 2 des Grundbuchsgesetzes beruft, so ist deren Sinn und Bedeutung irrig aufgefaßt worden. Der art. 2 bestimmt:

„Hat ein Eigenthümer die nämliche unbewegliche Sache an verschiedene Personen nach einander veräußert, so erhält diejenige, ohne Rücksicht auf das Alter ihres Erwerbtitels, das Eigenthum, welche die Eintragung dieses Erwerbtitels in dem Mutationsverzeichniß zuerst für sich gültig erwirkt hat."

Diese Bestimmung setzt voraus, daß zwei Personen gültige Erwerbstitel von dem veräußernden Eigenthümer erlangt haben, welche also an sich geeignet sind, Grundbuchseigenthm zu begründen, sie hat also auf die vorliegende Frage, in welcher es sich gerade darum dreht, ob die Ingrossation wegen Mangels eines gültigen Erwerbtitels des Ingrossirten eine rechtlich wirksame ist, gar keinen Bezug.

(Entscheidung des O.L.G's. 1. C.S. vom $^{31}/_{10}$ 83 U. $^{199}/_{82}$.)

XXI. Unstatthaftigkeit der Einschreibung eines Hypothektitels gegen den noch nicht ingrossirten Eigenthümer eines Grundstücks, insbesondere auch den noch nicht ingrossirten Erben, nach dem Großh. Hessischen Gesetze „das Pfandrecht betreffend" vom 15. September 1858. Convalescenz mit Vollzug der Ingrossation. — Prinzip der Spezialität des Pfandrechts nach hessischem Pfandrechte vor Erlaß des Pfandgesetzes? —

Mitgetheilt von Herrn Gerichtsassessor Dr. Mayer in Darmstadt.

Die Heinrich R.'s Eheleute in Ruppertenrod verpfändeten laut Schuld- und Pfandverschreibung vom 20. April 1857 der Schrautenbach'schen Stiftung in Friedberg für eine Forderung von 800 fl. verschiedene Liegenschaften, darunter auch ein mit der Grundbuchsbezeichnung Fl. I, Nr. 2 aufgeführtes Wohnhaus mit Scheuer und Stall nebst Hofraithegrund. Diese durch Zahlungen auf 685 M. 71 Pf. mit $4^1/_2$ % Zinsen vom 8. März 1880 geminderte Schuldforderung ging auf die Beklagten Gebrüder S. durch Cession über.

Schon vor Errichtung dieser Hypothek war die Parcelle I/2 zum Bau der Landstraße verwendet worden, und wurden die Heinrich R.'s Eheleute für die Abtretung jener Parcelle durch anderes, der Gemeinde Ruppertenrod gehörendes Gelände entschädigt. Aus diesem Entschädigungs-Gelände wurden zwei Parcellen gebildet, unter der Grundbuchsbezeichnung Fl. XVII, Nr. 293 a und Fl. XVII, Nr. 293 b, und den Heinrich R.'s Eheleuten im Grundbuche zugeschrieben, nachdem dieselben auf diesem Gelände eine neue Hofraithe mit Scheuer und Stall [XVII/293 a] errichtet, und einen Grabgarten (XVII/293 b) angelegt hatten. Auf den Namen der Heinrich R.'s Eheleute waren diese Parcellen zur Zeit des in erster Instanz geführten Prozesses im Grundbuche noch vorgeschrieben.

Die klägerische Firma hatte wegen einer Forderung an den August R., den Sohn der Heinrich R.'s Eheleute, im Betrag von 772 M. 83 Pf. nebst Zinsen und Kosten, nach

Digitized by Google

rechtskräftiger Verurtheilung des Schuldners, den Eintrag einer Zwangshypothek auf die von dem verstorbenen Vater des Schuldners auf ihn erblich übergegangene ideelle Hälfte der den Heinrich R.'s Eheleuten noch vorgeschriebenen Liegenschaften, darunter auch auf die beiden Parcellen XVII/293 a und b erwirkt.

Klägerin hat nun gegen die Gebrüder S., als Cessionare der Schrautenbach'schen Stiftung, eine Feststellungsklage auf Anerkennung ihrer Zwangshypothek in Ansehung jener beiden Parcellen und ihres Rechts auf vorzugsweise Befriedigung aus deren Erlös erhoben. Ihr rechtliches Interesse an dieser Feststellung wird damit begründet, daß die Gebrüder S. auf Grund der Schrautenbach'schen älteren Hypothek ein Vorzugsrecht in Ansehung des Erlöses in Anspruch nähmen. —

Die Beklagten behaupten, daß ihnen allerdings ein älteres Hypothekrecht zustehe, indem es bei Errichtung der Pfandverschreibung Absicht der Contrahenten gewesen sei, das von der Gemeinde den Heinrich R.'s Eheleuten abgetretene Gelände bezw. die darauf errichtete Hofraithe mit Grabgarten zu verpfänden, beantragen demgemäß Abweisung der Vorklage, und erheben zugleich eine Widerklage, und zwar:

1. eine der Vorklage entgegengesetzte negative Feststellungsklage, dahin gehend, daß die Klägerin bezw. Widerbeklagte schuldig erklärt werde, anzuerkennen, daß ihr ein gültiges Pfandrecht an den beiden Parcellen XVII/239, a, b, nicht zustehe, und in die Löschung des Pfandeintrags im Hypothekenbuch einzuwilligen,

2. eine der Vorklage entgegengesetzte affirmative Feststellungsklage, dahin gerichtet, daß Klägerin und Widerbeklagte schuldig erklärt werde, anzuerkennen, daß ihnen den Beklagten eine Hypothek an jenen beiden Parcellen zustehe, und daß sie wegen ihrer Restforderung aus dem Erlöse derselben vorzugsweise befriedigt werden.

Das Landgericht erkannte:

1. Die Beklagten sind schuldig anzuerkennen, daß ihnen ein Pfandrecht auf Grund der Obligation vom 20. April 1867 an Fl. XVII, Nr. 293 a und 293 b in der Gemarkung Ruppertenrod nicht zustehe,

Digitized by Google

2. Klägerin und Widerbeklagte ist schuldig anzuerkennen, daß ihr ein Pfandrecht an Fl. XVII/293 a 293 b in der Gemarkung Ruppertenrod nicht zustehe,

3. die weitergehenden Ansprüche der Klage und Widerklage werden abgewiesen.

In der Berufungsinstanz beantragte Klägerin die Entscheidung sub 2 aufzuheben und die Beklagten nach der Klagbitte zu verurtheilen. Die Beklagten stellten mit Anschlußberufung den Antrag auf Aufhebung der Entscheidung sub 1, event. die sich unten näher ergebenden Unteranträge.

Als neue Thatsache wurde von Klägerin behauptet und den Beklagten zugestanden, daß inzwischen auf gestellten Antrag laut amtsgerichtlicher Urkunde vom 1. September 1883 dem August R. die von seinem Vater ererbte ideelle Hälfte an den Liegenschaften XVII/293 a uud b im Grundbuche zugeschrieben worden sei. Hierdurch sei jedenfalls der frühere Mangel der Hypothek, wenn man solchen mit dem Gericht erster Instanz annehmen wollte, nach § 8 Schlußsatz des Hypothekengesetzes von 1858 sanirt. Unter Zurückweisung der Anschlußberufung wurde der Berufung, jedoch unter Belastung der Klägerin mit den Kosten der Berufungsinstanz, mit folgender Begründung Stattgegeben:

Was zunächst die Berufung der Klägerin bezw. Widerbeklagten betrifft, und zwar:

1. vom Standpunkt der Verhandlung in erster Instanz, so ist dieselbe, insofern Klägerin die Entscheidung unter pos. 2 des Urtheils angreift, und die Gültigkeit der ihr bestellten Zwangshypothek (insoweit sie die Liegenschaften XVII/293 a und b zum Gegenstand hat), behauptet, verwerflich, weil diese Zwangshypothek ungültig ist. Diese Ungültigkeit folgt daraus, daß die beiden Parcellen XVII/293 a und b dem zwangsmäßigen Verpfänder August R. im Grundbuch noch nicht vor Namen geschrieben waren. Das Vordergericht hat ganz richtig erwogen, daß nach art 8 des Pfandrechtsgesetzes von 1858 zur Gültigkeit einer Hypothekbestellung vorausgesetzt wird: „daß die zu verhypothekirende Liegenschaft dem Verpfänder angehöre" d. h., daß ihm das Eigenthum an der Liegenschaft zustehe. Der art. 36 l. c. bestimmt aber weiter, daß solange das Eigenthum an einer Sache Jemanden

Digitized by Google

noch nicht übertragen ist, auf diese Sache gegen ihn kein Hypothektitel gültig eingeschrieben werden kann. Wenn nun auch August R. jene Liegenschaften bezw. die ideelle Hälfte derselben von seinem Vater erbschaftlich erworben hat, so begründet dieser Erwerb doch kein gegen Jedermann geschütztes öffentliches Bucheigenthum, nach Maßgabe des Hessischen Grundbuchsgesetzes von 1852. Ein solches im Grundbuch öffentlich documentirtes Bucheigenthum bedingt aber die reale Veräußerungsbefugniß des Erbschaftseigenthümers, gleichviel ob diese Veräußerung das Eigenthum oder ein dingliches Recht, als abgelösten Bestandtheil desselben, also namentlich die Bestellung eines Pfandrechts, zum Gegenstand hat.

Diese Inscription des Verpfänders, als Bucheigenthümer muß schon mit Rücksicht auf die der Hessischen Hypothekengesetzgebung zu Grund liegende Publicität der Pfandrechte als nothwendige Bedingung der Gültigkeit der freiwilligen oder zwangsweisen Bestellung einer Hypothek aufgefaßt werden.

cf. Müller, Comm. zum Pfandrechtsgesetz § 11.
" " " Grundbuchsgesetz § 10.

Von diesem Princip ausgehend hat das Oberlandesgericht schon mehrfach Entscheidungen erlassen:

in Sachen Lazarus Heß gegen C. Schleicher in Ober-Erlenbach, 1882.

in Sachen Franz Decher in Ohmes gegen H. Schaumberger in Angerod, 1882.

Eine angeblich hiermit nicht übereinstimmende Praxis der Untergerichte in Bezug auf Pfandbestellungen noch nicht ingrossirter Erben ist unerfindlich, jedenfalls aber, wenn sie ausnahmsweise vorgekommen sein sollte, gesetzwidrig und deßhalb zu reprobiren.

2. Wenn hiernach die Entscheidung des Vordergerichts unter pos. 2 vollkommen gerechtfertigt war, so ändert sich doch die Sach- und Rechtslage durch die in 2. Instanz vorgebrachte und als wahr festgestellte Thatsache, daß inzwischen dem August R. die ideelle Hälfte der Liegenschaften qu. auf Grund seines Erbschaftstitels im Grundbuch vorgeschrieben worden sind. — Die prozessualische Zulässigkeit dieses Vorbringens in 2. Instanz kann nicht beanstandet werden, da darin nur eine thatsächliche Ergänzung des Klag- bezw. des der Widerklage gegenüber hervortretenden Vertheidigungs-

Digitized by Google

Vorbringens gelegen ist, die nach den Vorschriften der §§ 240 Nr. 1, 251 und 491 C.P.O. unbedingt als statthaft erscheint. — die rechtliche Wirkung dieser neuen Thatsache besteht nach Maßgabe des art. 8 Schlußsatz des Pf.G. und nach allgemeinrechtlichen Grundsätzen über Convalescenz ungültiger Rechtsgeschäfte, insbesondere der Pfandrechte, darin, daß die Zwangshypothek der Klägerin von dem Moment der Inscription des August R. im Grundbuche, jedoch ohne rückwirkende Kraft, Gültigkeit erlangte.

cf. Müller, Comm. zum Pf.R. § 34 zu Note 26.
fr. 1 pr. fr. 22 D. de pign. 20,1. fr. 41 D. de pign. act. 13,7.
Puchta, Pand. § 127 zu Note g und h.
Holzschuher, Th. und C. I S. 414—415.

In Folge dieser „Heilung" der Ungültigkeit der Zwangshypothek der Klägerin muß eine Abänderung der pos. 2 des Urtheils 1. Instanz eintreten und zwar dahin, daß die Widerklage auf Feststellung der Ungültigkeit der Zwangshypothek der Klägerin als unbegründet zu verwerfen, bezw. die Beklagten zur Anerkennung der Gültigkeit derselben zu verurtheilen sind.

Trotz dieses Obsiegens in der Berufungsinstanz können die Berufungskosten nicht den Berufungsbeklagten, sondern nur der Berufungsklägerin nach § 92 Abs. 2 C.P.O. zur Last gesetzt werden, da das Gericht von der Ansicht ausgeht, daß Klägerin in der Lage war, durch entsprechendes zeitiges Vorgehen schon in erster Instanz die neue Thatsache zur Geltung zu bringen.

Die Anschlußberufung der Beklagten ist unbegründet.

Es ist gewiß, daß in der von den Beklagten durch Cession erworbenen Schrautenbach'schen Obligation die Parzellen XVII/293 a und b nicht ausdrücklich verpfändet sind, daß vielmehr als Gegenstand der Verpfändung die mit Fl. I Nr. 2 bezeichnete Liegenschaft in der Urkunde sowie im Hypothekenbuch eingetragen ist. Wenn nun die Beklagten behaupten, daß, weil diese Parcelle I/2 schon vor Errichtung der Schuld- und Pfandverschreibung nicht mehr existirt habe und zum Straßenbau verwendet worden sei, die Absicht der Contrahenten auf Verhypothekirung des den Heinrich R.'s Eheleuten als Entschädigung gegebenen Geländes und der

Digitized by Google

darauf erbauten Hofraithe mit Garten nach der neuen Grundbuchsbezeichnung Fl. XVII/293 a und b gerichtet gewesen sei, so kann diese Absicht, sollte sie auch wirklich vorhanden gewesen sein, ein gültiges öffentlich wirksames Pfandrecht nicht begründen. Fällt gleich die Bestellung dieser Hypothek in die Zeit vor Erlassuug des Pfandrechtsgesetzes, so ist es doch eine irrige Auffassung, daß in dieser Zeit ein Pfandeintrag auf Liegenschaften ohne deren Bezeichnung nach dem Grundbuche resp. Flurbuch gültig habe geschehen können; denn schon das Gesetz vom 29. Oktober 1830, die Sicherung des Grundeigenthums und des Hypothekenwesens betreffend, bestimmt in art. 6, daß in dem Hypothekenbuch die verpfändeten Parcellen mit den Nummern des Grundbuchs eingetragen werden „müssen". Diese imperative, von den Untergerichten auch unverbrüchlich gehandhabte Vorschrift des Gesetzes, — erlassen im Interesse der Rechtssicherheit durch die Oeffentlichkeit der Hypothekeinträge —, bedingte deshalb auch schon vor dem Pfandrechtsgesetz von 1858 den gültigen Rechtsbestand eines Hypothekeintrags. — Abgesehen hiervon, so steht hier ein Hypothekeintrag ohne Grundbuchsbezeichnung, — etwa nur auf „Hofraithe und Hausgarten" lautend — gar nicht in Frage, da die in der Schrautenbach'schen Obligation verpfändete Liegenschaft, — Wohnhaus, Stall, Scheuer und Hofraithegrund durch die Grundbuchsbezeichnung I/2 gegenständlich genau festgestellt wird. — Da nun in Gemäßheit dieser urkundlichen Verpfändung die Parcellen XVII/293 a und b nicht im Hypothekenbuch eingetragen sind, so können auch die Beklagten hypothekarische Rechte darauf aus jener Obligation nicht ableiten.

Der erste eventuelle Antrag die Berichtigung des Hypothekeintrags zu Gunsten der Widerkläger, nämlich auf die Parcellen XVII/293 a und b geschehen zu lassen, ist der Klägerin gegenüber keinenfalls begründet. Wenn nämlich auch nur durch ein Versehen bei Errichtung der Schrautenbach'schen Obligation, statt der Liegenschaften XVII/293 a und b die nicht mehr existirende Parcelle I/2 als verpfändet eingetragen wurde, so ist doch die Klägerin bezw. Widerbeklagte nicht legitimirt, eine solche Berichtigung zu vertreten. Diese kann nur mit Zustimmung der Verpfänder, d. h. der Heinrich R.'s Eheleute bezw. deren Erben

Digitized by Google

gültig erfolgen; die Einwilligung der Klägerin ist ebenso wie ihr Widerspruch unerheblich. Ob aber eine solche mit Zustimmung der R.'schen Interessenten zu bewirkende Aenderung des Pfandgegenstandes präjudicirend für den Vorzug des Pfandrechts der Klägerin sein könnte, ist eine hier nicht zu entscheidende Frage.

Auch der zweite eventuelle Antrag ist unbegründet und unveranlaßt. Durch die Vorklage wird das ganze von den Gebrüdern S. an den Liegenschaften XVII/293 a und b in Anspruch genommene Pfandrecht und nicht blos das Pfandrecht an der ideellen Hälfte des August R. in Streit gezogen, und haben sich auch die Verhandlungen darauf erstreckt. Klägerin hatte auch ein rechtliches Interesse, eine Feststellung in diesem Umfang durch Urtheil zu erwirken, da hierdurch die Frage bedingt war, ob sie sich bei Veräußerung der dem August R. durch Erbschaft zugefallenen ideellen Hälfte nur mit der Mutter desselben als Eigenthümerin der andern ideellen Hälfte, bezw. den übrigen Pfandgläubigern oder auch mit den Gebrüdern S. auseinanderzusetzen habe,

Daß mit der Abänderung des Urtheils zu Gunsten der Klägerin die Gegner zugleich wie beantragt, zur Anerkennung der vorzugsweisen Befriedigung der Ersteren aus dem demnächstigen Erlös der ihr zwangsweise verpfändeten ideellen Hälfte des August R. an den fraglichen Liegenschaften verurtheilt werde, ist eine selbstverständliche Consequenz der Reformation. —

Der weitere Antrag aber, die Gegner zur Einwilligung in die Löschung der für ungültig erklärten Hypothek zu verurtheilen, ist unschlüssig, denn der Hypothekeintrag der Beklagten auf die Liegenschaft I/2 ist an sich gültig; dagegen ist ein Hypothekeintrag auf die Liegenschaften XVII/293 a und b, — in Ansehung derer die Nichtexistenz eines Pfandrechts der Beklagten urtheilsmäßig festgestellt wird, — nicht vorhanden, es kann also keine Löschung in dieser Beziehung erfolgen. —

(Entsch. des O.L.G. 1. C.S. vom $^{20}/_{2}$ 84 U. 110/83.)

Digitized by Google

C. Miscellen.

III. Späterer Beitritt eines Streitgenossen auf beklagter Seite in Folge nachträglicher Klageerweiterung bezw. neuer Klage; § 51 der Gebührenordnung für Rechtsanwälte.

Mitgetheilt von Herrn Oberlandesgerichtsrath Heinzerling in Darmstadt.

Laut der so rubricirten „Klagerectification bezw. Erweiterung resp. neue Klage" vom 21. Februar dieses Jahres hatte Kläger in der eventuellen Klage auch den minderjährigen Sohn des Karl Huf, Peter Karl Huf, bezw. den genannten Vater als den gesetzlichen Vertreter dieses Sohnes, als Solidarschuldner aus gemeinsamer Körperbeschädigung belangt und dementsprechend Antrag gestellt. In dem hiernächst gefolgten Verhandlungstermin beantragte der beklagtische Vertreter Rechtsanwalt Dr. H., nachdem Kläger Antrag nach dem Klagpetitum und bezw. nach der Eingabe vom 21. Februar dieses Jahres gestellt hatte: „die Klage abzuweisen", worauf dann, ohne daß bezüglich der eventuellen neuen Klage irgendwie verhandelt worden wäre, die Sache ihren Gang nahm bis sie durch Urtheil vom 29. Juni d. J. entschieden und hierbei die Klage gegen den minderjährigen Sohn abgewiesen wurde. Als der genannte Vertreter hiernächst bezüglich der Klage gegen den minderjährigen Sohn volle Prozeß- und Verhandlungsgebühr beanspruchte, wurden ihm vom Landgericht M. nur $^2/_{10}$ der Prozeßgebühr (ohne Verhandlungsgebühr) bewilligt und dieser Beschluß vom O.L.G. in Darmstadt bestätigt aus den Gründen: Das fragliche Verhältniß kann nur dahin aufgefaßt werden, daß der Vater des nachträglich belangten minderjährigen Sohnes gegen diese nachträgliche

Digitized by Google

Heranziehung formell nichts zu erinnern fand und, da er einfach Klagabweisung beantragte, stillschweigend in seiner Eigenschaft als Vertreter dieses Sohnes als Streitgenosse sich dem schwebenden Prozesse anschloß. Ein solcher Anschluß eines Streitgenossen berechtigt aber den Anwalt nach § 51 der Gebührenordnung für Rechtsanwälte, welcher einen Unterschied zwischen Streitgenossen auf klägerscher, oder beklagtischer Seite nicht kennt, auch nicht unterscheidet, ob der Beitritt durch eine nachträgliche Klage oder sonstwie veranlaßt ist, lediglich zu den ihm von der vorigen Instanz zugebilligten $^2/_{10}$ der Prozeßgebühr.

Beschl. O. L. G. II. S. in S. Michel g. Huf v. 4. Dez. 1885 W. 146/85.

IV. Pflicht des Ehemanns seiner Ehefrau in Ehestreitigkeiten die Prozeßkosten vorzulegen.

Mitgetheilt von demselben.

Das Oberlandesgericht in Darmstadt hatte das Begehren der beklagten Ehefrau wegen Kostenvorlage Seitens des Ehemanns abgewiesen. Die desfalls an das Reichsgericht verfolgte Beschwerde wurde verworfen und die Beklagte in die dadurch erwachsenen Kosten verurtheilt. „Denn die Verpflichtung des Ehemanns, seiner Ehefrau in Ehestreitigkeiten die nothwendigen Prozeßkosten vorzuschießen, besteht gemeinrechtlich nur unter der Voraussetzung, daß die Ehefrau kein eignes Vermögen zu ihrer Verfügung hat, aus welchen sie die Kosten des von ihr oder gegen sie angestrengten Rechtsstreits zu bestreiten vermag. Außerdem richtet sich die Höhe der von dem Ehemann vorzuschießenden Prozeßkosten nach dem Stande des in dessen Händen befindlichen Vermögens bezw. den aus letzteren zu beziehenden Einkünften. Nach beiden Richtungen hat die Beklagte unterlassen, ihren Antrag auf Vorlage einer Kostensumme in Höhe von 150 Mark thatsächlich näher zu begründen und rechtsgenügend zu bescheinigen (vgl. §§ 800, 815 und 819 C.P.O.)."

Beschl. Reichsgerichts vom 3. Januar 1885 in S. Eckhardt g. Eckhardt. Beschw. III. I. 1885.

Digitized by Google

V. Antrag der Partei auf Hinaufsetzung des Werths des Streitgegenstandes wegen mangelnden eignen Interesses verworfen.

Mitgetheilt von demselben.

Kläger hatte 183 Mark als Rest einer durch Gegenleistungen auf diesen Betrag herabgeminderten Forderung von ursprünglich 420 Mark bei dem Amtsgericht eingeklagt. Im Verhandlungstermin bestritt Beklagter das ganze der Klage zu Grund gelegte Rechtsverhältniß und bat um Klagabweisung. Das Amtsgericht, davon ausgehend, daß incidenter das ganze ursprüngliche Forderungsverhältniß in Betracht komme, verwies die Sache zur Verhandlung an das Landgericht Mainz. Diese Entscheidung wurde rechtskräftig. Auf erneuten Klagantrag wurde bei diesem Gericht verhandelt, Beweiserhebung angeordnet, jedoch nicht vollzogen, da in weiterem Termin Kläger die Klage zurück- und die Kosten übernahm. Auf Antrag des Klägers, dem Beklagter einen Einwand nicht entgegensetzte, wurde hierauf der Streitgegenstand auf 183 Mark bestimmt. Gegen den letzteren Beschluß erhob der Anwalt Klägers für diesen letzteren Beschwerde an das Oberlandesgericht Darmstadt, welches diese für begründet erklärte und die Festsetzung aufhob. Das Reichsgericht hielt dagegen die Beschwerde für verwerflich aus folgenden Gründen:

Beklagter hat den Beschluß des Landgerichts zu Mainz, welcher den Werth des Streitgegenstandes auf 183 Mark festsetzte, mittelst Beschwerde angefochten, indem er behauptete, dieser Werth sei auf 420 M. zu bestimmen, bezw. schon bestimmt. Für diese Beschwerde mangelte es ihm an jedem Interesse; denn er konnte weder dabei interessirt sein, daß die Gerichtsgebühren, noch daß die Anwaltsgebühren in höheren Beträgen angesetzt würden. Das Interesse liegt in Fällen dieser Art auf Seite des Anwalts, welcher daher nach § 12 der Gebührenordnung für Rechtsanwälte vom 7. Juli 1879 in eigenem Namen Beschwerde einzulegen hat mit der Folge, daß im Falle der Verwerfung der Beschwerde ihm selbst, nicht aber der ganz unbetheiligten Partei die Kosten zur Last fallen. Anders verhält sich die Sache bei Anfechtung eines Kostenfestsetzungsbeschlusses, § 98 der C.P.O. Hier liegt auch in Fällen, wo die zu ersetzenden Anwaltsgebühren zu

Digitized by Google

niedrig festgesetzt worden, ein Interesse auf Seite der Partei vor, den Kostenfestsetzungsbeschluß anzufechten und richtige Festsetzung zu verlangen, da bei Versäumung der ihr nach § 99 C.P.O. gewährten sofortigen Beschwerde der Beschluß in Rechtskraft erwächst und die Partei riskirt, dem eignen Anwalte Gebühren zahlen zu müssen, deren Ersatz sie von der Gegenpartei nicht mehr verlangen kann. Aus Vorstehendem ergibt sich, daß das Oberlandesgericht der vorbezeichneten, vom Anwalte nicht in eignem Namen, sondern lediglich Namens seiner Partei (des Beklagten) eingelegten Beschwerde nicht, wie geschehen, Folge geben durfte, vielmehr sie schon aus dem Grunde des mangelnden Interesses zurückweisen mußte.

Vgl auch Urtheile und Annalen von Blum Bd. III, Heft S. 44 (Nr. 19).

Beschl. Reichsgericht in Sachen Koch g. Jochem B. R. Nr. II 157/1885.

D. Literarische Umschau.

Der knapp bemessene Raum gestattet uns diesesmal nur einige kurze Bemerkungen, welche zunächst dem Fortgang oder Abschluß früher erwähnter Werke, bezw. neuer Auflagen schon besprochener Erscheinungen bestimmt sind.

Das Guttentag'sche Werk: die **Gesetzgebung des deutschen Reichs** von der Gründung des norddeutschen Bundes bis auf die Gegenwart, herausgegeben von **B. Gaupp** und Genossen, ist inzwischen wieder um zwei Lieferungen, welche bis Mitte des Jahres 1879 führen, gewachsen.

Von **H. Dernburg's Pandekten** liegt durch das Erscheinen der 6. und 7. Lieferung nunmehr der erste Band, enthaltend die Einleitung, den allgemeinen Theil und die Sachenrechte, vollständig mit Sachregister vor (H. W. Müller, Berlin, g. 8. SS. 719).

Von dem **Puchelt'schen Kommentar** zum **Handelsgesetzbuch**, 3. Aufl. (Roßberg, Leipzig) ist jetzt auch die, das Sachregister enthaltende 13. Schluß-Lieferung (S. 591—690)

Digitized by Google

erschienen. Den vollständigen Abschluß wird indessen das Werk erst durch einen in der Vorbereitung befindlichen Nachtrag: Gesetz, betr. die Kommanditgesellschaften auf Aktien und die Aktiengesellschaften, vom 18. Juli 1884, mit Erläuterungen, erhalten.

Die 3. Auflage des Lothar Seuffert'schen Kommentars zur Civilprozeßordnung, auf welche wir das letztemal besonders hindeuteten, ist durch die inzwischen weiter herausgegebenen Lieferungen 4 und 5 abgeschlossen (Beck, Nördlingen, Lex. octav SS. XXIV und 963).

Die 2. Auflage von Dr. P. Jäckel's kommentatorischem Werke die Zwangsvollstreckung in Immobilien, ist jetzt gleichfalls abgeschlossen (Frz. Vahlen, Berlin, gr. 8 SS. 600) und erweist sich als eine wesentlich neue Bearbeitung des für Preußen so bedeutsamen Materials.

Zu den das letztemal (S. 309) gemeldeten drei Anfangslieferungen der zweiten Auflage des Kommentars von Olshausen zum Strafgesetzbuch, (F. Vahlen, Berlin) sind rasch vier weitere gekommen, sodaß das Werk (bei 1120 SS.) bis zu § 289 gelangt ist.

Die seiner Zeit als für die Praxis besonders angenehm bezeichnete Daude'sche Ausgabe des Strafgesetzbuchs mit kurzer Angabe der Entscheidungen des Reichsgerichts hat, wie vorauszusehen war, rasch die zweite Auflage erlebt (H. Müller, Berlin, Taschenformat, SS. VII und 379), welche den inzwischen bedeutend reicher gewordenen Stoff der reichsgerichtlichen Entscheidungen entsprechend verwerthet hat.

Von neuen, früher noch nicht erwähnten Erscheinungen seien angeführt die folgenden:

Das Rheinische Recht und die Reichsgesetzgebung von Dr. M. Scherer, Rechtsanwalt in Mainz, SS. XV. u. 287 8° bei J. Bensheimer in Mannheim. Eine uns vorliegende ausführlichere Besprechung mußte aus räumlichen Gründen für das nächste Heft zurückgestellt werden.

Das Testament; Musterbuch für letztwillige Verfügungen nach dem allgemeinen Landrecht, sowie nach Märkischem Recht von G. Eichhorn, Berlin, Frz. Vahlen, 8° SS. VII uud 280. Ein Handbuch, welches bezweckt, alle Vorschriften des preußischen Rechts, welche mit der Testamentslehre in

Digitized by Google

Zusammenhang stehen, theils im Urtext, theils in knappem Auszug zu geben und deren richtige Anwendung in der Praxis durch zahlreiche Beispiele zu sichern.

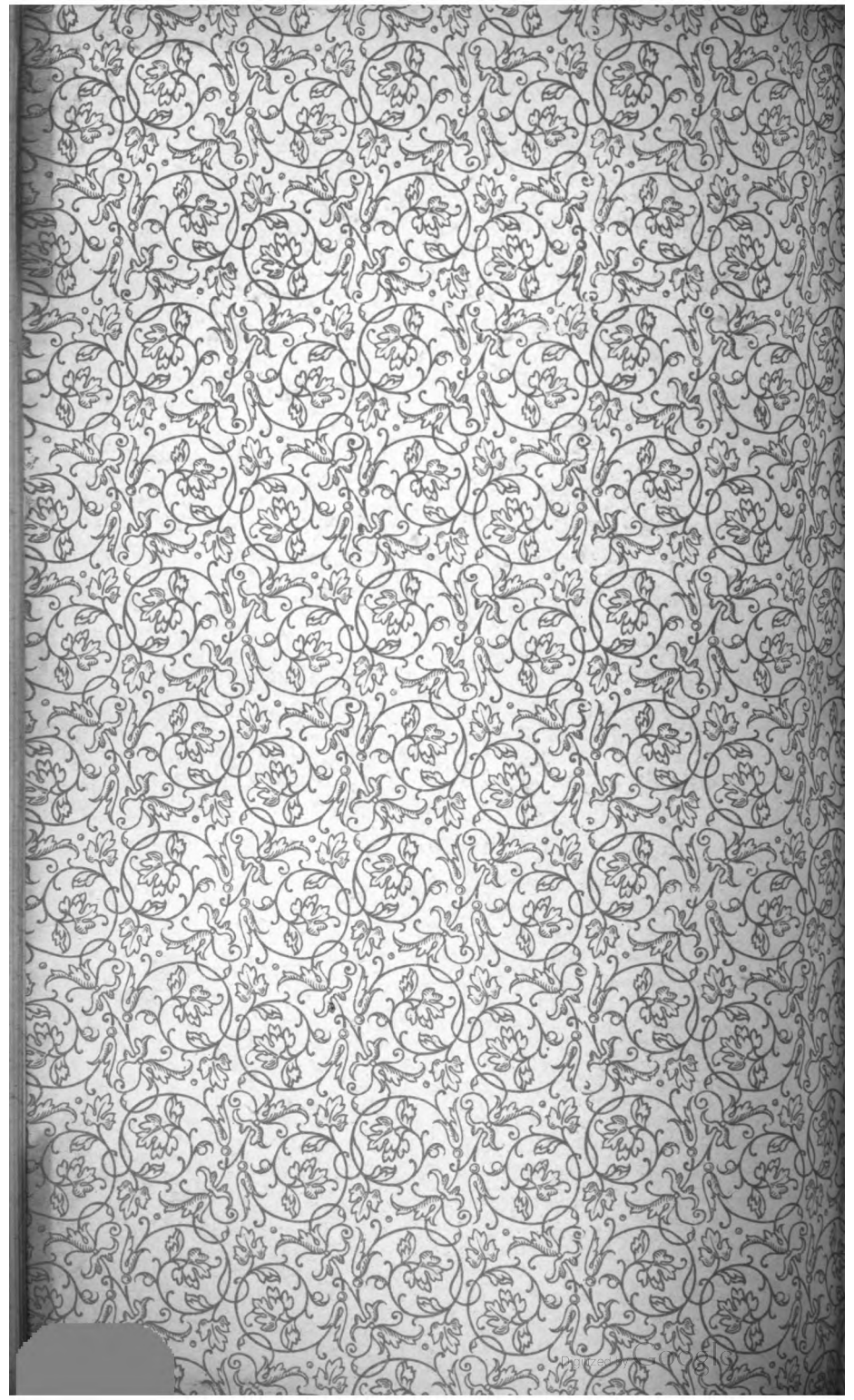
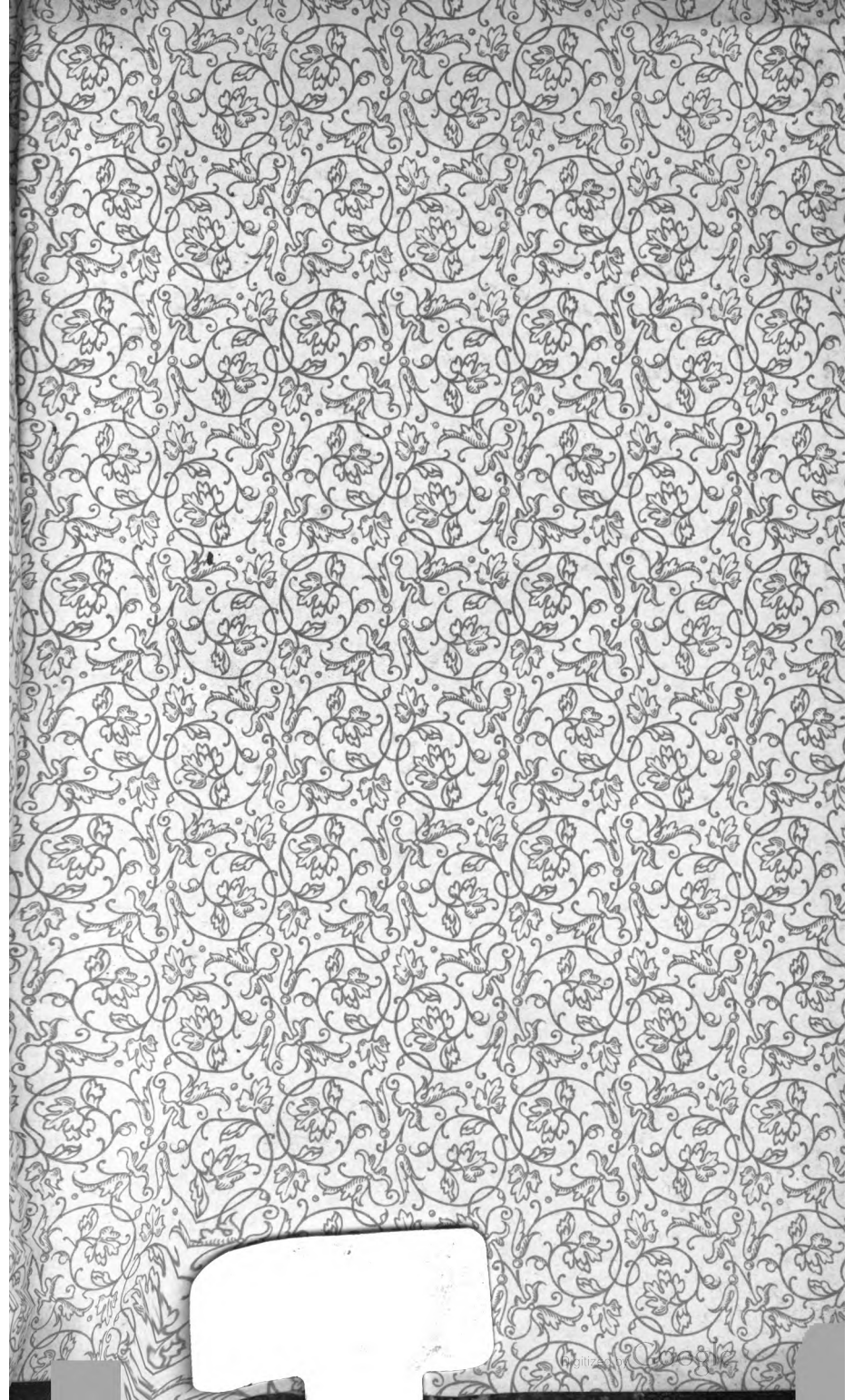
Protokoll und Urtheil im Civil- und Strafprozeß von Hermann Meyer (Berlin, Frz. Vahlen 8° S. VII und 104). In der bekannten klaren und praktischen Weise behandelt der Verfasser die viel umstrittene Frage, wie die Protokolle und Urtheile in Civil- und Strafsachen richtig und zweckmäßig zu fassen sind, und trägt dadurch zur Herbeiführung einer Einigung über die zweifelhaften Fragen, sowie ein korrektes Verfahren bei.

Die **Strafen des deutschen Strafgesetzbuchs** und deren Vollzug, eine kritische Studie von **Schmölder**, Amtsrichter (Berlin, Frz. Vahlen, 8°, SS. 63), deren Tendenz durch das Motto Mittelstädts: „die Strafen sollen wiederum werden, was sie von Gottes und Rechtswegen niemals aufhören durften zu sein, ein Strafübel und nur ein Strafübel" ausreichend bezeichnet ist.

Der **preußische Gerichtsvollzieher**, eine Zusammenstellung sämmtlicher für die Geschäfte der Gerichtsvollzieher maßgebenden Bestimmungen nebst Erläuterungen, von Amtrichter **Schönfeld** (zweite Auflage, Gnesen, bei Brensch und Wunkowski, 8° SS. IV und 269). Während die erste Auflage sich nur als Textausgabe darstellte, beabsichtigt die zweite, welche überdies durch die Aufnahme und Erläuterung der einschlägigen Zustellungs- und Vollstreckungsvorschriften der C.P.O. und St.P.O., der betreffenden §§ des St. G., des Inhalts der Kassen-Instruktion, der allgemeinen und besonderen Ministerialverfügungen vermehrt ist, eingehende Beantwortung der zahlreich aufgetauchten zweifelhaften Punkte. Die Schrift wird, als zweckmäßige Erleichterung in Anwendung der gesetzlichen Vorschriften, namentlich in Preußen, gewiß Beifall finden; soweit sie die Gebührenordnung behandelt, ist sie auch als Sonderabdruck (80 Pf.) zu haben und insoweit noch allgemeiner empfehlenswerth.

Heinzerling.

L.H.L.S.
3-31-04.

Digitized by Google

Digitized by Google